MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

PROCESSO	**16561.720143/2019-34**
ACÓRDÃO	9101-007.596 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	9 de junho de 2026
RECURSO	ESPECIAL DO CONTRIBUINTE
RECORRENTE	ELEKTRO REDES S.A..
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2014, 2015

RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS COMPARADOS.

A ausência de similitude fático-jurídica entre as decisões comparadas (*recorrido* x *paradigmas*) enseja o não conhecimento do recurso especial.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2014, 2015

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. AUSÊNCIA DE SUPORTE ECONÔMICO PELA INVESTIDORA BRASILEIRA.

Não se admite a dedução de despesas de amortização de ágio quando a investidora brasileira não suporta o ônus econômico da operação. Comprovado que os recursos ingressam no País e, na mesma data, saem para a aquisição das participações, sem disponibilidade de meios próprios, conclui-se que a controladora estrangeira suporta o investimento. Nessa hipótese, afasta-se a legitimidade da alocação do ágio na sociedade brasileira e a correspondente dedutibilidade, nos termos da Lei nº 9.532/1997 (arts. 7º e 8º) e do art. 386 do RIR/1999.

MULTA ISOLADA SOBRE ESTIMATIVAS MENSAIS. COBRANÇA CONCOMITANTE COM A MULTA DE OFÍCIO EXIGIDA SOBRE OS TRIBUTOS APURADOS NO FINAL DO PERÍODO DE APURAÇÃO. NÃO CABIMENTO.

A multa isolada é cabível na hipótese de falta de recolhimento de estimativas mensais, mas não há base legal que permita sua cobrança de forma cumulativa com a multa de ofício incidente sobre o IRPJ apurado no final do período de apuração.

Deve subsistir, nesses casos, apenas a exigência da multa de ofício.

DOCUMENTO VALIDADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação às matérias "*ausência de previsão legal acerca da necessidade de confusão patrimonial entre 'real adquirente' e 'real investida'*" e multas isoladas concomitantes. No mérito, acordam em: (i) quanto à matéria "*ausência de previsão legal acerca da necessidade de confusão patrimonial entre 'real adquirente' e 'real investida'*", por maioria de votos, negar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli (relator), Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic e Heldo Jorge dos Santos Pereira que votaram por dar provimento; e (ii) por maioria de votos, dar provimento ao recurso em relação à exigência de multas isoladas concomitantes, vencida a Conselheira Edeli Pereira Bessa que votou por negar provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Efigênio de Freitas Júnior. Votaram pelas conclusões, quanto à primeira matéria, a Conselheira Edeli Pereira Bessa, e em relação à segunda matéria, a Conselheira Semíramis de Oliveira Duro.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

Assinado Digitalmente

Efigênio de Freitas Júnior – Redator designado

Assinado Digitalmente

Carlos Higino Ribeiro de Alencar – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, Efigênio de Freitas Junior (substituto integral), Jandir José Dalle Lucca, Semíramis de Oliveira Duro, Carlos Higino Ribeiro de Alencar (Presidente).

DOCUMENTO VALIDADO

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial (fls. 1.870/1.895) interposto pela contribuinte acima identificada contra o Acórdão nº **1401-006.848** (fls. 1.753/1.814), que recebeu a seguinte ementa:

> **ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)**
>
> Ano-calendário: 2014, 2015
>
> LINDB. INAPLICABILIDADE DO ART. 24 NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. SÚMULA CARF Nº 169.
>
> O art. 24 do decreto-lei nº 4.657, de 1942 (LINDB), incluído pela lei nº 13.655, de 2018, não se aplica ao processo administrativo fiscal.
>
> DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.
>
> Não há como aceitar a dedução do ágio com utilização de empresa veículo, quando o procedimento do sujeito passivo não se reveste de propósito negocial mas revela objetivo exclusivamente tributário.
>
> INSUFICIÊNCIA NO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA.
>
> A partir das alterações no art. 44, da Lei nº 9.430/96, trazidas pela Lei nº 11.488/2007, em função de expressa previsão legal deve ser aplicada a multa isolada sobre os pagamentos que deixaram de ser realizados concernentes ao imposto de renda a título de estimativa, seja qual for o resultado apurado no ajuste final do período de apuração e independentemente da imputação da multa de ofício exigida em conjunto com o tributo.
>
> MULTA QUALIFICADA. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPOSSIBILIDADE.
>
> Para que se possa caracterizar a hipótese legal que autoriza a qualificação da multa, nos termos do artigo 44 da Lei 9.430/1996, é imprescindível que a autoridade autuante indique a se conduta praticada configura sonegação, fraude e/ou conluio, hipóteses respectivamente dos artigos. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964, o que não ocorreu no presente caso.
>
> RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS ATOS DE INFRAÇÃO À LEI.
>
> A responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN alcança os atos dolosos ou culposos, que denotem infração à lei ou excesso de poderes, como, por exemplo, a sonegação fiscal e a fraude, mas a mera citação das atribuições dos administradores não é suficiente para justificar a imputação de responsabilidade solidária nos termos do artigo 135, inciso III do CTN, devendo restar demonstrado nos autos a participação efetiva do processo decisório para engendrar operações ilícitas com objetivo de reduzir a carga tributária.
>
> **ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)**
>
> Ano-calendário: 2014, 2015

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> CSLL. DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CRITÉRIOS DE DEDUTIBILIDADE EM SUA APURAÇÃO. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA.
>
> Dada a relação de causa e efeito entre as glosas efetuadas para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, mantém-se a glosa realizada pela Fiscalização.
>
> O disposto no art. 28 da Lei nº 9.430/96 e no art. 57 da Lei 8.981/95 são claros no sentido de que à CSLL aplicam-se as mesmas normas de apuração da base de cálculo do IRPJ.

Em resumo, o presente processo é decorrente de Autos de Infração que exigem IRPJ e CSLL, relativos aos anos-calendário de 2014 e 2015, acrescidos de multa qualificada e multa isolada sobre as estimativas apuradas, em razão da glosa de deduções de despesas com ágio gerado na aquisição da ELEKTRO REDES S/A ("ELEKTRO" - ora Recorrente) pelo grupo IBERDOLA, por intermédio da sociedade IBERDROLA ENERGIA DO BRASIL LTDA. ("IBERDROLA ENERGIA").

Em decorrência desse procedimento fiscal, atribuiu-se, com fundamento no art. 135, III, do CTN, responsabilidade solidária aos integrantes do Conselho de Administração e ao Diretor Presidente da ELEKTRO.

Os responsáveis e a autuada apresentaram impugnações, sendo que a decisão de primeira instância afastou a solidariedade e manteve as demais exigências.

Foram interpostos recurso de ofício e recurso voluntário, assim decididos pelo Colegiado *a quo*:

> *Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.*
>
> *Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício e, em relação ao recurso voluntário, negar-lhe provimento quanto à aplicação do art. 24 da LINDB e dar-lhe provimento para afastar a qualificação da multa de ofício; Por voto de qualidade, negar provimento ao recurso (i) quanto à glosa da amortização do ágio; (ii) à adição à base de cálculo da CSLL da despesa com a amortização do ágio; (iii) exigência da multa isolada. Vencidos os Conselheiros André Severo Chaves, Daniel Ribeiro Silva e André Luis Ulrich Pinto. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves. Julgamento realizado após a vigência da Lei nº 14.689/2023, a qual deverá ser observada quando do cumprimento da decisão.*

Cientificada, a PGFN apresentou recurso especial (1.816/1.832) que não foi admitido (fls. 1.836/1.849).

O recurso especial da contribuinte, por sua vez, foi admitido parcialmente, nos seguintes termos (fls. 2.337/2.352):

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Em seu apelo especial, a Recorrente suscita divergência jurisprudencial quanto às seguintes matérias:

> • **Matéria nº 1: ausência de previsão legal acerca da necessidade de confusão patrimonial entre "real adquirente" e "real investida";**
>
> • **Matéria nº 2: existência de confusão patrimonial no caso concreto: demonstração da licitude e validade das operações;**
>
> • **Matéria nº 3: inexistência de previsão legal para a adição, à base de CSRF cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização;**
>
> • **Matéria nº 4: impossibilidade de exigência da multa isolada após o encerramento do ano-base;**
>
> • **Matéria nº 5: impossibilidade de cumulação da multa isolada com a multa de ofício.**

[...]

Análise da demonstração da divergência - 1ª matéria: ausência de previsão legal acerca da necessidade de confusão patrimonial entre "real adquirente" e "real investida"

[...]

No Acórdão recorrido, referendou-se a tese de que a aquisição ocorreu por meio da interposição de empresa-veículo, desprovida de relevância econômica e de capacidade financeira para arcar com o ágio. Dessa forma, considerou-se que a real adquirente é a controladora estrangeira que forneceu os recursos e suportou o ágio, de modo que a autuação foi mantida sob o fundamento de que não ocorreu a confusão patrimonial exigida na lei, entre a real adquirente e a sociedade investida.

Irresignada, a Recorrente interpôs o apelo especial cuja admissibilidade ora se examina, suscitando a existência de divergência jurisprudencial em torno desta 1ª matéria, apontando como paradigmas os **Acórdãos nº 9101-006.486 e nº 9101-003.609**.

[...]

No caso do **primeiro paradigma** (**Acórdão nº 9101-006.486**), discutiu-se lançamento fiscal lavrado em razão de a contribuinte autuada ter deduzido despesas com amortização de ágios gerados em diversas reorganizações societárias levadas a efeito pelos controladores da Claro S/A (anteriormente denominada BCP S/A).

Naquele caso, a similitude fática com o Acórdão recorrido emerge, com muita clareza, da própria ementa daquele julgado, no qual restou assinalado que se tratava de cenário em que os recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa holding constituída no Brasil originaram-se da

DOCUMENTO VALIDADO

Original

controladora domiciliada no exterior, exatamente como se verifica no caso enfrentado pelo Colegiado recorrido.

Ainda em relação ao exame da similitude fática entre a decisão recorrida e o **primeiro paradigma**, cumpre registrar que, naquele Acórdão, a fundamentação do voto que conduziu a conclusão relativamente à matéria em tela não envolveu a apreciação da necessidade de constituição da holding (veículo) em face de normas regulatórias. A bem da verdade, naquela decisão o exame do impacto de aspectos regulatórios constou, apenas, na declaração de voto. Essa observação é relevante, em razão do que passo a expor.

É que no caso do **segundo paradigma** (**Acórdão nº 9101-003.609**), ele tem sido reiteradamente rejeitado pela 1ª Turma da CSRF para caracterização do dissídio jurisprudencial ora suscitado em razão da ausência de similitude fática, justamente por conta da circunstância de que, naquele caso, a autuação foi afastada sob o argumento de que o emprego de empresa-veículo se justificava em razão de óbices regulatórios.

[...]

Por essas razões, e considerando que no caso apreciado pelo Colegiado recorrido não há notícia da existência de restrições regulatórias condicionando a reorganização societária levada a efeito pela Recorrente, entendo que não restou caracterizada a similitude fática da decisão recorrida em relação ao segundo paradigma (Acórdão nº 9101-003.609)

Portanto, verifica-se a necessária similitude fática unicamente quanto ao **primeiro paradigma (Acórdão nº 9101-006.486)**.

E a despeito da similitude fática com a decisão recorrida, quanto à matéria divergente ora suscitada, no **primeiro paradigma** restou assentado que "o uso de holding (ou empresa veículo), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio, não caracteriza simulação". E uma vez fixada essa premissa de ausência de simulação, foi afastada a glosa ao ágio, sob o fundamento de que a "tese do real adquirente" não possui fundamento legal.

[...]

Dessa forma, em se tratando de cenários fáticos análogos, e tendo a decisão recorrida e o primeiro paradigma chegado a conclusões diametralmente opostas quanto à procedência da tese do real adquirente, entendo que restou demonstrada a divergência jurisprudencial suscitada pela Recorrente.

E uma vez atendidos os demais pressupostos de admissibilidade, proponho que seja dado seguimento à 1ª matéria: ausência de previsão legal acerca da necessidade de confusão patrimonial entre "real adquirente" e "real investida", unicamente quanto ao Acórdão nº 9101 006.486.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

[...]

Análise da demonstração da divergência - 3ª matéria: inexistência de previsão legal para a adição, à base de CSRF cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização

De acordo com a Recorrente, ao manter a glosa das amortizações de ágio também para efeito de lançamento da CSLL, o Acórdão recorrido adotou entendimento que divergiu da interpretação da legislação tributária que prevaleceu nos **Acórdãos nº 9101-002.310 e nº 1103 00.630**.

Quanto a essa matéria, no Acórdão recorrido prevaleceu o entendimento de que "o disposto no art. 28 da Lei nº 9.430/96 e no art. 57 da Lei 8.981/95 são claros no sentido de que à CSLL aplicam-se as mesmas normas de apuração da base de cálculo do IRPJ". Além desses dispositivos legais, também restou assentado que, quanto à CSLL, a indedutibilidade da amortização de ágio é estabelecida pelo art. 2º da Lei nº 7.689, de 1988, que deixa clara "a finalidade da norma de tornar o MEP neutro na apuração da CSLL".

[...]

No caso do **primeiro paradigma (Acórdão nº 9101-002.310)** restou assentado que "inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial", bem assim que é inaplicável o art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995, "posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ".

De maneira análoga ao primeiro paradigma, no **segundo (Acórdão nº 1103-00.630**), prevaleceu entendimento no sentido de que, "com relação à dedução das despesas de amortização do ágio, para fins da CSLL, registro que não há previsão legal para a indedutibilidade dessas despesas, tal como é preceituada para o lucro real, pelo art. 25 do DecretoLei n. 1.598/77", acrescentando-se ainda que "a Lei n. 7.689/88 (art. 2º, caput e § 1º, "c", "1" a "3") não contempla essa indedutibilidade".

Portanto, entendo mais uma vez que restou demonstrada a divergência jurisprudencial suscitada. E tendo sido atendidos os demais pressupostos de admissibilidade, proponho que seja dado seguimento à 3ª matéria: inexistência de previsão legal para a adição, à base de CSRF cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização.

[...]

Análise da demonstração da divergência - 5ª matéria: impossibilidade de cumulação da multa isolada com a multa de ofício

A Recorrente alega que o entendimento adotado pelo Colegiado recorrido acerca da imposição da multa isolada pela falta de recolhimento de estimativas mensais

DOCUMENTO VALIDADO

Original

diverge da interpretação que prevaleceu em casos semelhantes, nos **Acórdãos nº 1202-001.228 e nº 1301 002.415**.

[...]

Primeiramente, cumpre observar que nos três casos discutiam-se fatos ocorridos após o início da vigência das alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, muito embora um dos períodos analisado no primeiro paradigma seja anterior.

E sob esse mesmo contexto fático, no voto que conduziu a **decisão recorrida** prevaleceu o entendimento no sentido de que trata-se de "imposições diferentes, com fatos geradores diferentes, tipificações legais diferentes e motivações fáticas diferentes", acrescentando se que "não se aplica ao presente caso o contido na Súmula CARF nº 105, por se referir, esta, expressamente, à redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, anterior ao advento da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007".

Por outro lado, no **primeiro paradigma (Acórdão nº 1202-001.228)** prevaleceu o entendimento de que "é inaplicável a penalidade quando há concomitância com a multa de ofício sobre o ajuste anual, ainda que após a vigência das alterações da Lei nº 11.488/2007", destacando se que "a cumulação das multas, ainda que incidentes em bases de cálculo distintas, dariam causa a bis in idem".

No **segundo paradigma (Acórdão nº 1301-002.415)** restou assentado que "a multa isolada não se destina a apenar casos de omissão de receita, deduções indevidas de despesas, exclusões não autorizadas do ou falta de adição ao lucro líquido", acrescentando-se que, "para essas infrações, aplica-se a multa que é cobrada juntamente com o tributo, do qual ela (a multa) é um acessório". Adicionalmente, o paradigma reproduziu entendimento firmando pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "a aplicação da multa vinculada afastaria, pelo princípio da consunção, a multa isolada".

Ante o exposto, entendo que restou caracterizada a divergência de interpretação suscitada, razão pela qual proponho que seja dado seguimento à 5ª matéria: impossibilidade de cumulação da multa isolada com a multa de ofício.

Conclusão

Encerrado o exame de admissibilidade, proponho que seja dado seguimento parcial ao Recurso Especial do sujeito passivo, quanto às seguintes matérias:

- Matéria nº 1: ausência de previsão legal acerca da necessidade de confusão patrimonial entre "real adquirente" e "real investida", unicamente quanto ao Acórdão paradigma nº 9101-006.486;

- Matéria nº 3: inexistência de previsão legal para a adição, à base de CSRF cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização (paradigmas – Acórdãos nº 9101-002.310 e nº 1103-00.630); e

DOCUMENTO VALIDADO

- Matéria nº 5: impossibilidade de cumulação da multa isolada com a multa de ofício (paradigmas – Acórdãos nº 1202-001.228 e nº 1301-002.415).

Contra as matérias não admitidas a contribuinte apresentou Agravo (fls. 2.360/2.372), tendo sido este rejeitado (fls. 2.387/2.392).

Chamada a se manifestar, a PGFN ofereceu contrarrazões às fls. 2.401/2.423. Ataca *genericamente* o conhecimento recursal e, no mérito, pugna pela manutenção do acórdão recorrido.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheiro **Luis Henrique Marotti Toselli**, relator

CONHECIMENTO

O recurso especial é tempestivo.

Passa-se a análise do cumprimento dos demais requisitos para o conhecimento recursal, notadamente a caracterização do necessário dissídio jurisprudencial, previsto no art. 67 do Anexo II do "antigo" Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015 (RICARF/2015), bem como no art. 118 do RICARF/2023, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, que assim dispõem:

RICARF/2015:

> Art. 67 - Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.
>
> § 1º - Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.
>
> (...)
>
> § 8º - A divergência prevista no **caput** deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido.
>
> (...)

RICARF/2023:

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> Art. 118 - Compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais, por suas Turmas, julgar recurso especial interposto contra acórdão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara, Turma de Câmara, Turma Especial, Turma Extraordinária ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais.
>
> § 1º - O recurso deverá demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.
>
> (...)
>
> § 8º - A divergência prevista no caput deverá ser demonstrada analiticamente, com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido.
>
> (...)

Como se nota, compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara ou turma do CARF objetivando, assim, implementar a almejada "segurança jurídica" na aplicação da lei tributária.

O termo "especial" no recurso submetido à CSRF não foi colocado "à toa", afinal trata-se de uma espécie recursal específica, mais restrita do ponto de vista processual e dirigida a um Tribunal Superior que não deve ser confundido com uma "terceira instância" justamente porque possui função institucional de uniformizar a jurisprudência administrativa.

É exatamente em razão dessa finalidade típica que o principal pressuposto para conhecimento do recurso especial é a demonstração cabal, por parte da recorrente, da efetiva existência de *divergência de interpretação da legislação tributária entre o acórdão recorrido e o(s) paradigma(s)*.

Consolidou-se, nesse contexto, que a comprovação do dissídio jurisprudencial está condicionada à existência de **similitude fática** das questões enfrentadas pelos arestos indicados e a **dissonância nas soluções jurídicas** encontrada pelos acórdãos enfrentados.

É imprescindível, assim, sob pena de não conhecimento do recurso especial, que sobre uma base fática equivalente (ou seja, que seja efetivamente comparável), julgadores que compõem Colegiados distintos do CARF tenham proferido decisões conflitantes sobre uma mesma matéria.

Como, aliás, já restou assentado pelo Pleno da CSRF[1], "a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles".

[1] CSRF. Pleno. Acórdão n. 9900-00.149. Sessão de 08/12/2009.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

E de acordo com as palavras do Ministro Dias Toffolli[2], "a similitude fática entre os acórdãos paradigma e paragonado é essencial, posto que, inocorrente, estar-se-ia a pretender a uniformização de situações fático-jurídicas distintas, finalidade à qual, obviamente, não se presta esta modalidade recursal".

Trazendo essas considerações para a prática, um bom exercício para se certificar da efetiva existência de *divergência jurisprudencial* consiste em aferir se, diante do confronto entre a decisão recorrida e o(s) paradigma(s), o Julgador consegue criar a convicção de que o racional empregado na decisão tomada como *paradigma* realmente teria o potencial de reformar o acórdão recorrido, caso a matéria fosse submetida àquele outro Colegiado.

Caso, todavia, se entenda que o alegado *paradigma* não seja apto a evidenciar uma solução jurídica distinta da que foi dada pela decisão recorrida, e isso ocorre, muitas vezes, na hipótese de as decisões sinalizarem que as conclusões jurídicas são diversas não em razão da adoção de posições hermenêuticas antagônicas propriamente dita, mas sim em face da existência de situação/premissa fática própria, não existente nos acórdãos cotejados, não há que se falar em dissídio a ser dirimido nessa Instância Especial.

Pois bem.

Matéria nº 1: *ausência de previsão legal acerca da necessidade de confusão patrimonial entre "real adquirente" e "real investida"*

De acordo com o voto vencedor da decisão ora recorrida:

> [...]
>
> Percebe-se, então, com clareza, que as operações societárias engendradas pela Recorrente, juntamente com suas controladoras, não tiveram outra intenção a não ser viabilizar a dedução do ágio. De outra sorte, o referido ágio não poderia ser objeto de dedução, considerando-se que a real adquirente da ELEKTRO/EPC foi o grupo IBERDROLA S/A, sediado no exterior. Isso porque, como vimos anteriormente, o primeiro e principal requisito para que a amortização seja dedutível é que haja a absorção de patrimônio por meio de incorporação, fusão ou cisão, condição esta que deve ser cumprida em sua substância, e não apenas formalmente.
>
> No caso, em sendo o real comprador das participações societárias o grupo IBERDROLA S/A (Espanha), essa primeira condição não foi satisfeita, pelo menos não há nenhuma notícia nos autos a respeito.
>
> [...]
>
> Como já nos manifestamos anteriormente, não se questionam as razões empresariais do grupo IBERDROLA S/A relativamente à forma como foi

[2] EMB. DIV. NOS BEM. DECL. NO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 915.341/DF. Sessão de 04/05/2018.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

DOCUMENTO VALIDADO

> estruturada a aquisição da ELEKTRO/EPC, nem que as partes envolvidas sejam independentes, ou mesmo a própria composição do custo de aquisição que resultou no surgimento do ágio em questão; o ponto nevrálgico que envolve a autuação está centrado na utilização de verdadeira "empresa veículo" (novamente, reitero, tal expressão não foi utilizada pela acusação fiscal diretamente, mas pode ser adotada diante dos fatos e circunstâncias afetas ao caso em apreço) para viabilizar a amortização do ágio sem que tivesse havido a necessária confusão patrimonial entre o real adquirente e o investimento adquirido. Para sedimentar o entendimento deste julgador em relação a esta matéria em si, vou me socorrer do acórdão nº 9101-002.962, em voto condutor lavrado pela Conselheira Adriana Gomes Rêgo e que, em grande medida, se assemelha em relação às operações empreendidas, ao nosso caso em apreço:
>
> [...]
>
> Com base nos fundamentos acima adotados, considero insubsistentes os argumentos da Contribuinte acerca da qualidade atribuída à IBERDROLA ENERGIA como se fosse a efetiva adquirente das empresas ELEKTRO/EPC. Também sem fundamento a alegação de que não teriam incorrido, no presente caso, vícios e patologias em relação aos atos jurídicos praticados; no caso, ao fim e ao cabo, pouco importa se a IBERDROLA ENERGIA foi utilizada com o único propósito de viabilizar a amortização fiscal do ágio; em essência, importa verificar se os requisitos, tanto pessoal quanto material, exigidos pela legislação no que concerne às regras de amortização do ágio, foram ou não cumpridos.
>
> No caso, entendo que não foram respeitados tais requisitos, haja vista que o investidor de fato (IBERDROLA S/A), verdadeiro responsável pelo pagamento do ágio, não participou efetivamente da confusão patrimonial empreendida apenas formalmente entre IBERDROLA ENERGIA e ELEKTRO/EPC. E se tivesse assim feito, o ágio não poderia ser aproveitado, haja vista tratar-se de empresa estrangeira, a não ser que a própria empresa aqui adquirida viesse a incorporar a sua investidora no exterior, o que no caso concreto seria irrazoável do ponto de vista econômico. Reitero o entendimento da Fiscalização e da decisão recorrida de que a compra da empresa brasileira somente foi viabilizada a partir de diretrizes fixadas pelo Grupo IBERDROLA S/A, no exterior, sendo este o verdadeiro "investidor".
>
> O ágio aqui objeto de análise não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial" ocorrida apenas de forma aparente (IBERDROLA ENERGIA x ELEKTRO/EPC), não havendo sentido em se clamar pela dedutibilidade das despesas decorrentes da amortização da despesa instituída e regulada pelo art. 386 do RIR/1999.

Como se percebe, prevaleceu o entendimento de que a despesa do ágio em questão não seria dedutível, uma vez que o *real adquirente* seria a empresa espanhola

(IBERDROLA S/A), afinal era ela que tinha a capacidade financeira para pagamento do preço de aquisição do respectivo investimento. Foi nesse contexto de rastrear o origem dos recursos empregados na aquisição que a IBERDROLA ENERGIA foi desqualificada como efetiva detentora do investimento adquirido com ágio, sendo taxa de mera *empresa-veículo* interposta.

Já o *paradigma* (**9101-006.486**), que inclusive é de minha relatoria, analisando justamente a aquisição de investimentos por *empresas-veículo* sem histórico operacional e com capital social *não relevante*, que receberam recursos provenientes de controlador estrangeiro como aumento de capital para pagamento do preço do investimento, realmente se manifestou em sentido diverso.

Nesse sentido aponta a própria ementa desse julgado. Confira-se:

> [...]. O uso de holding (ou empresa veículo), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio, não caracteriza simulação, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes.
>
> TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS POR EMPRESA CONTROLADORA DOMICILIADA NO EXTERIOR PARA SOCIEDADE HOLDING. LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DO REAL ADQUIRENTE.
>
> A transferência, por controladora domiciliada no exterior, dos recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa holding constituída no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida. A tese do "real adquirente", que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, o que não se revela no caso.

Aplicando esse racional a esse caso concreto, é possível criar a convicção de que tal entendimento reformaria o recorrido na matéria que se pretende uniformizar. Daí a necessidade de conhecer do recurso nesse particular.

Matéria nº 3: ***inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização***

Não conheço da matéria com base no que restou decidido, sob minha relatoria, no **Acórdão nº 9101-006.788**, *verbis*:

> Finalmente, quanto à matéria "INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL DAS DESPESAS COM A AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO",

DOCUMENTO VALIDADO

Original

esta sim autônoma, não conheço do Apelo por ora me curvar ao que restou decidido por essa E. 1ª Turma no Acórdão nº 9101-006.374, julgado este que recebeu a seguinte ementa:

> CSLL. AMORTIZAÇÃO FISCAL DE ÁGIO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.
>
> Não há divergência jurisprudencial quando os precedentes comparados tenham tratado de amortização de ágio em contextos jurídicos diversos.
>
> O paradigma 9101-002.310 não tratou de despesas com amortização de ágio deduzidas após incorporação, mas de participação mantida na investidora. Já o caso dos autos discute a glosa de despesas com amortização de ágio tomadas em razão da incorporação, e pretensamente registradas com base nos critérios trazidos pela Lei 9.532/1997. Panoramas jurídicos diversos, portanto.
>
> Quanto ao paradigma 1103-00.630, embora ali também se tratasse de amortização fiscal do ágio na forma da Lei 9.532/1997, e seu voto condutor traga argumentos contrários à indedutibilidade das amortizações no âmbito da CSLL, naqueles autos foi dado provimento integral ao recurso voluntário, afirmando-se o não cabimento da glosa não só na base da CSLL, como também do IRPJ. Assim, o outro Colegiado do CARF decidiu a questão sob circunstâncias distintas daquelas que a Contribuinte quer ver prevalecer nestes autos, qual seja, que a exigência de CSLL seja cancelada ainda que afirmada a indedutibilidade no âmbito do IRPJ.

Matéria nº 5: *impossibilidade de cumulação da multa isolada com a multa de ofício*

Por concordar integralmente com as razões expostas em sede de juízo prévio, conheço dessa matéria com base no despacho de fls. 2.337/2.352.

MÉRITO

Matéria nº 1: *ausência de previsão legal acerca da necessidade de confusão patrimonial entre "real adquirente" e "real investida"*

Podemos dizer que a "novela ágio" começou com o Decreto-Lei nº 1.598/1977, publicado com a finalidade de adequar a legislação tributária ao então novo regramento contábil previsto na Lei nº 6.404/1976, notadamente no que diz respeito ao tratamento da diferença entre o custo de aquisição e o valor do investimento avaliado pelo método de equivalência patrimonial – MEP.

Segundo o artigo 248 da Lei nº 6.404/1976 (LSA), os investimentos considerados relevantes nos termos desta lei estão sujeitos ao MEP, o que significa dizer que devem ser registrados no balanço da investidora pelo valor correspondente à sua participação no patrimônio

DOCUMENTO VALIDADO

líquido da investida, submetendo-se, assim, à apuração de diferenças, para mais ou para menos, em relação ao custo de aquisição[3].

É importante notar que a legislação societária (LSA) não fez (e ainda não faz) nenhuma referência a ágio ou deságio, prescrevendo apenas quem está sujeito ao MEP.

Já o Legislador tributário prescreveu, já na redação originária do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77[4], que os investimentos sujeitos ao MEP deveriam ser desdobrados em duas rubricas:

(a) valor de patrimônio líquido na época da aquisição (*patrimônio líquido da sociedade x percentual de participação*), e

(b) ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido descrito acima.

Foi, então, o Direito Tributário que, após incorporar por remissão à figura societária do *método de equivalência patrimonial (*o MEP*),* veiculou um conceito próprio de ágio ou deságio, representado justamente pela diferença (positiva ou negativa) apurada em razão do MEP.

Ainda previa o § 2º do artigo 20 - também de maneira inovadora, afinal a lei societária não fazia nenhuma referência às suas possíveis origem -, que o lançamento do ágio ou deságio deveria indicar seu fundamento econômico, dentre os seguintes:

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; ou

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Não obstante as potenciais intersecções da origem do ágio, a legislação tributária daquela época, apesar de fazer menção às possíveis razões econômicas que poderiam levar a apuração do ágio ou deságio, não previa o tratamento fiscal da baixa do investimento (e, consequentemente, do *sobrepreço*) em função do seu fundamento econômico (*motivo do ágio*), conforme evidencia as disposições dos artigos 25, 31, 33[5] e 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77, *in verbis*:

---

[3] Antes da LSA, o Decreto-Lei n. 2.627/1940, por meio do seu artigo 129, determinava a avaliação de todo tipo de investimento com base no custo de aquisição efetivo.

[4] Artigo 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:
I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e
II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.
§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

[5] Esse artigo foi alterado pela Lei nº 12.973, de 2014.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Artigo 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.

Artigo 31 - Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente.

Artigo 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real.

(...)

Artigo 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital **de uma possuída por outra**, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)

I - somente será dedutível como **perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado**, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)

II - será computado como **ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas**, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)

b) mantiver, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção

DOCUMENTO VALIDADO

> monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente. (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)
>
> § 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional. (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*) (grifamos)

Da leitura desses dispositivos, verifica-se que desde 1977 o ágio gerado na aquisição de participações societárias já possuía efeitos fiscais quando da liquidação do investimento por fusão, incorporação ou cisão, sujeitando-se o contribuinte à apuração de um ganho tributável ou uma perda de capital dedutível nessas operações.

Assim dispunha o referido art. 34: nas hipóteses de fusão, incorporação ou cisão de empresas com investimento entre elas (ou, nas palavras do Legislador, da *extinção de ações ou quotas de capital* ***de uma possuída por outra***), o resultado do confronto entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor do acervo líquido **avaliado a mercado** que as substituir: **se negativo**, poderia ser deduzido fiscalmente como *perda de capital*, inclusive com a opção, prevista na norma, deste saldo ser registrado no Ativo Diferido para amortização em até 10 (dez) anos; e **se positivo**, deveria ser tributado como *ganho de capital*.

Ora, sendo uma parcela integrante do custo de aquisição do investimento, resta até lógico, dentro do contexto da tributação da *renda líquida*, que o ágio seja dedutível quando da liquidação ou baixa deste ativo, sob pena de tributar o próprio patrimônio, e não o lucro.

O direito à dedução do ágio, portanto, não constitui um *benefício fiscal* em sentido técnico (renúncia estatal), tendo em vista que a sua natureza é de custo incorrido na aquisição de participação societária (ativo), custo este que, na ausência de regra legal específica, já seria dedutível como perda (decréscimo patrimonial) quando da extinção do investimento.

Dúvidas existiam, na verdade, sobre a aplicação do tratamento fiscal na hipótese de incorporação da empresa investidora pela investida, até mesmo porque a legislação, além de não tratar da *incorporação reversa* de forma expressa, se valia da expressão *extinção de ações ou quotas de capital* ***de uma possuída por outra***, o que poderia, ao menos em uma leitura mais apressada, dar margem para uma interpretação no sentido de que a dedução estaria restrita à incorporação direta, afinal é a investidora quem possui ações ou quotas da investida, e não vice-versa.

Quanto ao fundamento econômico do ágio (razão econômica), repita-se que a lei originária não o considerada relevante na definição do seu tratamento fiscal. O que a lei determinava, conforme visto acima, era que a perda de capital passível de dedução deveria corresponder à diferença entre o **valor contábil** das ações ou quotas e o **valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado.**

DOCUMENTO VALIDADO

Nesse contexto, e decorridos 20 (vinte) anos da vigência do Decreto-Lei nº 1.598/77, os Poderes Executivo e Legislativo resolveram estabelecer novo tratamento fiscal para a "baixa do ágio" por fusão, incorporação ou cisão, o que foi feito através das regras introduzidas pela Medida Provisória nº 1.602/1997[6], a qual, após sua conversão na Lei nº 9.532/1997, passou a regulamentar a matéria no bojo dos artigos 7º e 8º a seguir transcritos.

> **Artigo 7º -** A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, **na qual detenha** participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977[7]: *(grifamos)*
>
> I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;
>
> II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;
>
> **III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2° do art. 20 do Decreto-lei n° 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;**

[6] Da exposição de motivos da Medida Provisória (publicada no Diário do Congresso Nacional de 02.12.1997 (páginas 18.021/18.023) extrai-se que:
Tenho a honra de submeter a apreciação de Vossa Excelência o incluso Projeto de Medida Provisória, que altera a legislação tributária e dá outras providências.
2. O Projeto se insere no contexto de modernização e aperfeiçoamento da legislação tributária do País, que vem sendo perseguido ao longo do Governo de Vossa Excelência, com a finalidade de torna-la mais compatível com a realidade econômica atual.
3. O Projeto, ao mesmo tempo que estabelece formas para prevenir a evasão de receita tributária e reduzir a renuncia fiscal decorrente de todos os incentivos fiscais atualmente em vigor, cria mecanismos que estimulam a atividade produtora e viabilizam operações entre empresas nacionais e do exterior.
(...)
11. O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método de equivalência patrimonial.
Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos 'planejamentos tributários', vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.
Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo."

[7] Artigo 20 - (...)
§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:
I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.
§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

DOCUMENTO VALIDADO

> IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.
>
> § 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.
>
> § 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:
>
> a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
>
> b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.
>
> § 3º O valor registrado na forma do inciso II do *caput*:
>
> a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;
>
> b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.
>
> § 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.
>
> § 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.
>
> **Artigo 8º** O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:
>
> **a)** o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido
>
> **b)** a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Percebe-se, assim, que houve por bem o Legislador:

(i) alterar a redação (*caput* do artigo 7º) quanto à pessoa jurídica que pode se valer da norma: o texto originário dispunha que o direito à dedução seria da empresa *que possuía na*

DOCUMENTO VALIDADO

outra ações ou quotas extintas por incorporação, fusão ou cisão, ao passo que a nova redação permitiu o aproveitamento fiscal do ágio ***pela empresa que detenha participação societária adquirida com ágio.***

(ii) estabelecer a dedução fiscal como perda de capital apenas à baixa do ágio com fundamento na rentabilidade futura da investida, podendo esta perda ser aferida agora com base no valor contábil do acervo (e não mais necessariamente por valor a mercado[8]), mas com diferimento mínimo à razão de 1/60 para cada mês do período de apuração;

(iii) estender a dedução fiscal do ágio também aos investimentos não sujeitos ao MEP; e

(iv) autorizar expressamente a aplicação deste regime tributário não só na *incorporação direta*, mas também na *incorporação reversa*.

Na prática, sob a vigência das regras legais veiculadas pelos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997, nem é preciso dizer que a dedução fiscal da perda de capital, que, repita-se, passou a poder ser calculada a valor contábil, seja pelas pessoas jurídicas que detinham o investimento adquirido com ágio demonstrado pela rentabilidade futura da investida, seja pela investida quando da incorporação reversa expressamente autorizada pela lei, deu tremendo fôlego ao mercado de aquisições de empresas estatais e, consequentemente, às fusões, cisões e incorporações de sociedades.

Desde então, ou seja, após a edição da Lei 9.532/97, a figura do "ágio" fundamentado na rentabilidade futura foi sendo amplamente utilizada também no contexto de aquisições entre particulares, partes independentes ou não, em operações com variadas estruturas, o que acabou colocando o assunto ágio como um dos principais alvos de autuações fiscais.

A crescente utilização da dedução de ágio, todavia, chamou a atenção das autoridades fiscais, que reagiram com um verdadeiro "caça às bruxas" às operações com ágio, passando a autuar os contribuintes muitas vezes no modo "piloto automático", mas sem perceber que, em grande parte dos casos, acabaram confundindo operações feitas ao abrigo da lei com operações simuladas ou fraudulentas, estas sim repudiáveis.

Muitas vezes, aliás, a negação ao direito de amortizar o ágio nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº Lei 9.532/97 parte de argumentos exclusivamente contábeis, não raramente até com menção específica a dispositivos previstos em normativos de órgãos regulatórios ou contábeis, como CVM e o CPC, mas que, a todo rigor, não devem prevalecer quando conflitantes com a legislação fiscal.

É certo que, dentro do contexto da convergência e uniformização das regras contábeis brasileiras com as normas e princípios contábeis internacionais, o ágio por expectativa

[8] No regime anterior, conforme visto, a perda de capital apurada nos eventos societários implementados a valor contábil não era dedutível. A legislação até então vigente condicionava a dedução a apuração do acervo líquido a mercado.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

de rentabilidade futura (*goodwill*) não mais está sujeito à amortização contábil, sujeitando-se ao teste de recuperabilidade (*impairment*) pelo menos uma vez ao ano, na linha do que determina o Pronunciamento Contábil nº 1 do CPC ("Redução ao Valor Recuperável de Ativos").

Ocorre que esse regramento contábil acabou sendo regulamentado pela legislação tributária apenas com o advento da MP 627/2013, convertida na Lei n. 12.973/2014, lei esta que alterou a regra fiscal prevista no artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77, mas que, por ser posterior aos fatos geradores ora analisados, não será objeto de nossa análise.

Feitas essas considerações, e agora voltando à acusação fiscal propriamente dita, nota-se que a glosa das despesas do ágio ora tratado tem por base dois fundamentos centrais: **(i)** a impossibilidade do uso de *empresa veículo* (IBERDROLA ENERGIA); e **(ii)** a ausência *de confusão patrimonial* entre a *real adquirente,* a IBERDROLA S.A. (Espanha), e a empresa *investida* (ELEKTRO).

Pois bem.

Do uso de empresa veículo

Acerca da desqualificação da dita *empresa veículo*, venho me posicionando no sentido de que a eficácia ou ineficácia de atos ou negócios jurídicos praticados em conformidades com as formas permitidas pelo Direito, mas com a finalidade de gerar economia fiscal, deve sempre ser aferida com base em critérios previstos exclusivamente na lei, notadamente em torno da interpretação de uma norma antielisiva, quando existente, ou da ocorrência ou não de simulação, e não por motivos pessoais, ideologias, preconceitos, crenças ou importação de teorias alienígenas, sob pena de violação à livre iniciativa e estrita legalidade, princípios estes que, além de nortear a tributação, constituem valores fundamentais consagrados no ordenamento jurídico.

Os limites daquilo que se denomina de "planejamento tributário" – cujo propósito muitas vezes se confunde com a própria tentativa legítima de buscar economia de tributos - estão restritos, além dos casos que envolverem infração direta a uma lei ou condutas ilícitas ou fraudulentas, às hipóteses de simulação.

Tanto é assim que o artigo 149, VII, combinado com o art. 142, ambos do CTN e abaixo transcritos, permitem a revisão do lançamento, em casos que envolvem simulação, mediante a *requalificação jurídica dos fatos*. Confira-se:

> **Art. 149**. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:
>
> (...)
>
> **VII -** quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou **simulação**;
>
> **Art. 142**. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.
>
> Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Além, então, da *fraude*, onde o dolo e a falsidade integram seu próprio conceito, o fisco, no exercício de sua atividade vinculada de busca pela verdade material, tem poderes para se opor aos *efeitos* de atos ou negócios jurídicos simulados. É a substância, pois, que deve prevalecer sobre a forma, e não o inverso.

A redação atual do referido **artigo 116 do CTN**[9], aliás, tal como foi positivada após sua alteração pela LC 104/2001, a nosso ver **(i)** reforçou a *simulação* (mais precisamente o seu viés, a *dissimulação*) como circunstância ensejadora da requalificação jurídica dos fatos; e **(ii)** permitiu que lei ordinária crie novos critérios jurídicos para desconsiderar atos ou negócios jurídicos específicos, de modo a instituir *normas antielisivas* propriamente ditas.

Isso fica claro na seguinte passagem do voto condutor da Ministra Cármen Lucia, quando do julgamento da **ADI 2.446**, que, ao declarar a constitucionalidade do parágrafo único em questão, assim pontuou:

> ... a desconsideração autorizada pelo dispositivo está limitada aos atos ou negócios jurídicos praticados com intenção de dissimulação ou ocultação desse fato gerador.
>
> O parágrafo único do art. 116 do Código não autoriza, ao contrário do que argumenta a autora, "*a tributação com base na intenção do que poderia estar sendo supostamente encoberto por um forma jurídica, totalmente legal, mas que estaria ensejando pagamento de imposto menor, tributando mesmo que não haja lei para caracterizar tal fato gerador* " (fl. 3, e-doc. 2, grifos nossos).
>
> Autoridade fiscal estará autorizada apenas a aplicar base de cálculo e alíquota a uma hipótese de incidência estabelecida em lei e que tenha se realizado.
>
> Tem-se, pois, que a norma impugnada visa conferir máxima efetividade não apenas ao princípio da legalidade tributária mas também ao princípio da lealdade tributária.

---

[9] Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:
I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;
II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.
Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001).

DOCUMENTO VALIDADO

> **Não se comprova também, como pretende a autora, retirar incentivo ou estabelecer proibição ao planejamento tributário das pessoas físicas ou jurídicas. A norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de forma menos onerosa, e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido licitamente evitada.**
>
> (...)
>
> **8.** A norma do parágrafo único do art. 116 não dispõe, ao contrário do pretendido pela autora, de espaço autorizado de interpretação econômica. Ali não se trata da interpretação da lei, o que se dá no Capítulo IV do Código Tributário Nacional intitulado "Interpretação e Integração da Legislação Tributária".
>
> Tem-se no artigo 110:
>
> > *"A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias."*
>
> Esse dispositivo não foi alterado pela Lei Complementar n. 104/2001.
>
> **9.** De se anotar que elisão fiscal difere da evasão fiscal. Enquanto na primeira há diminuição lícita dos valores tributários devidos pois o contribuinte evita relação jurídica que faria nascer obrigação tributária, na segunda, o contribuinte atua de forma a ocultar fato gerador materializado para omitir-se ao pagamento da obrigação tributária devida. Grifamos.
>
> (...)

Não se pode perder de vista, ademais, que o Governo buscou "incorporar" a *teoria do propósito negocial* e do *abuso de forma* no Direito Tributário Brasileiro por intermédio do artigo 14 da Medida Provisória nº 66/2002[10], mas este dispositivo foi rejeitado pelo Congresso Nacional quando da conversão da referida MP na Lei nº 10.637/2002, o que significa dizer que tais figuras definitivamente são estranhas ao nosso sistema jurídico tributário.

[10] Art. 14 - São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.
§ 1º- Para a desconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:
I - falta de propósito negocial; ou
II - abuso de forma.
§ 2º - Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.
§ 3º- Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.

DOCUMENTO VALIDADO

Isso significa dizer que apenas na hipótese de estruturas que envolvam ato ou negócio *simulado* é que estaremos diante de caso de planejamento inoponível ao fisco, que tem o poder-dever de, nestas situações, recapitular os fatos em prol da verdade material e atingimento da efetiva capacidade contributiva. Afastada, porém, a ocorrência de *simulação* (além da fraude), e não havendo violação de lei ou norma antielisiva própria, estaremos diante de hipótese de planejamento fiscal legítimo e assegurado ante os princípios da livre iniciativa e legalidade.

Nos dizeres de Paulo Ayres Barreto[11], provadas a simulação ou a dissimulação, perdem relevo a ausência de propósito negocial e a alegação de abuso. Contudo, se não restarem comprovadas, as ações do contribuinte deverão ser plenamente respaldadas pelo ordenamento jurídico nacional.

Nesse contexto, e considerando que não existe nenhuma lei antielisiva, inclusive com a alteração das regras fiscais do ágio instituídas pela Lei nº 12.973/2014, que proíba o uso de empresas holding tanto para adquirir ou deter investimentos com ágio quanto para serem extintas pelas investidas, de modo a "antecipar" os seus efeitos fiscais, a controvérsia passa a girar exclusivamente em torno da existência ou não de simulação por ocasião do uso da IBERDROLA ENERGIA para figurar como adquirente do investimento e, em seguida, ser incorporada pela investida ELEKTRO, passando esta a deduzir fiscalmente o ágio pago em operação entre partes não relacionadas.

Do ponto de vista do direito positivo, o Código Civil de 2002 inseriu a *simulação* no capítulo "*Da Invalidade do Negócio Jurídico*", passando esta a ser causa de nulidade nos termos do artigo 167, *in verbis*:

> Artigo 167 - É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.
>
> §1º - Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:
>
> I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;
>
> II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
>
> III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

Para esse caso concreto, no qual ataca-se a *empresa veículo* IBERDROLA ENERGIA como *adquirente*, não se pode perder de vista que, quando o art. 167, §1º, I, prescreve que haverá simulação nos negócios jurídicos que *aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem,* ele evidentemente repudia a *interposição fictícia.*

[11] Planejamento tributário: perspectivas teóricas e práticas. Revista de Direito Tributário n. 105. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 60.

DOCUMENTO VALIDADO

Ao contrário da *interposição real*, onde o interposto atua em nome próprio, tornando-se titular dos direitos e obrigações derivados do negócio que intervém, na *interposição fictícia* o interposto figura na aparência, como uma espécie de "laranja" ou "empresta-nome", limitando-se à aposição do seu nome no documento que formaliza o ato ou o negócio celebrado.

As questões, portanto, que se colocam são as seguintes: uma empresa holding pode, **aos olhos jurídicos**, receber recursos de controlador estrangeiro para adquirir um investimento no Brasil com ágio para, logo em seguida, ser extinta por incorporação reversa ou ser cindida para absorção de seu acervo pela investida? Há simulação nesta *interposição de pessoa*?

A meu ver o Direito admite sim a estrutura que foi adotada, não havendo simulação, de modo que a amortização fiscal do ágio deve ser assegurada nos termos da lei.

Tratam-se as rotuladas *empresas veículos* de *holdings*, ou seja, sociedades que têm por objeto social justamente a participação em outras empresas, **em plena conformidade com o comando previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76.** Confira-se:

> Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.
>
> [...]
>
> § 3º **A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto**, **a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais**. *Grifamos*

Sobre esse tipo de sociedade, Modesto Carvalhosa[12] esclarece que "*tem assim a sociedade holding como característica diferencial e objetivo principal a participação relevante em uma atividade econômica de terceiros, em vez de exercício de atividade produtiva ou comercial*".

A ideia, então, de que toda sociedade deve necessariamente possuir estrutura física, portaria, prédio, funcionários, máquinas, etc., não se aplica para uma *holding*, afinal sua *causa jurídica* ou *finalidade social* consistem justamente em participar em outras sociedades enquanto objeto social típico.

Ao contrário de uma empresa industrial, comercial ou uma prestadora de serviços que, como regra geral, demandam um mínimo de "tempo de vida", estrutura física e de pessoal para de fato operarem, a prova da existência e objeto de uma *holding* se dá justamente com seu ato constitutivo, inscrição perante o fisco e declarações dos sócios, afinal, repita-se, sua função social é deter investimento(s). O Direito assim tutela e legitima esse tipo de sociedade, que notoriamente se distingue de *empresas operacionais tradicionais*.

Alinhado ainda ao que leciona Charles William McNaughton[13]:

[12] CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, V. 4. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 15.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> (...) por causa finalística de uma sociedade, podemos entender como sua própria função social.
>
> Uma sociedade possui um objeto social que é justamente a atividade econômica efetivada para gerar resultados aos sócios. Nesse sentido, todo ato que uma sociedade pratica para contribuir na formação desse resultado há de ser tido como englobado na função social da sociedade.
>
> O que se opera no caso da empresa-veículo utilizada para aproveitamento do ágio? O investidor paga um sobrepreço para adquirir um ativo (uma sociedade) com a expectativa de ter um resultado (lucro) no futuro. A obtenção desse resultado é justamente o tipo de ato que se enquadra na função social daquela pessoa jurídica.
>
> O aproveitamento fiscal do ágio nada mais é do que o reconhecimento do ordenamento jurídico de que a renda auferida pelo investidor será o resultado futuro menos o valor pago por esse resultado.
>
> (...)
>
> A empresa veículo *holding* que participa de outra pessoa jurídica cumprindo seu objeto social, portanto, e incrementa, assim, o resultado dos sócios está sim cumprindo sua função social. A função social do contrato, previsto no artigo 421 do Código Civil, está sendo atingida.

Quanto à duração de uma sociedade, convém notar que esta varia conforme o interesse das partes, lembrando que, de acordo com o parágrafo único do artigo 981 do Código Civil - que trata da Sociedade de Propósito Específico – SPE -, *a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados*.

O artigo 997, também do Código Civil, ainda estabelece, em seu inciso II, que os atos constitutivos de uma sociedade devem conter, além das cláusulas estipuladas pelas partes, "*a denominação, **objeto**, sede e **prazo***", o que ratifica a liberdade quanto à duração e finalidade de uma *holding*.

De acordo com Edmar Oliveira Andrade Filho[14]:

> No Brasil, o problema do prazo de duração passou a ser secundário após o advento do parágrafo único do art. 981 do CC, segundo o qual 'a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados'. Portanto, a permanência ou duração de uma sociedade não é um requisito de validade para a constituição e utilização de uma pessoa jurídica, pois o próprio ordenamento jurídico já se encarregou de realizar as valorações pertinentes ao tempo de duração de uma sociedade.

[13] IR e planejamento fiscal: a questão das empresas-veículo. In: Novo RIR. Coordenação: Jimir Doniak Jr. São Paulo: Quartier Latin. 2019. P. 97/98.
[14] ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Planejamento Tributário. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 300/304.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Ora, é perfeitamente válido e eficaz, sob o prisma jurídico, a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, com capital social ínfimo ou substancial, umas com operações mercantis, outras produtivas ou prestadoras de serviços e outras ainda como mero *canais de investimento*, o que vai depender dos fins sociais e econômicos estabelecidos pelos sócios e administradores dentro de sua liberdade de empreender e de buscar maximizar os resultados nos limites da lei.

Se a própria legislação tipifica uma "holding pura com fins específicos" como uma espécie societária própria do Direito, conferindo-lhe autonomia e legitimidade para praticar uma única operação, inclusive para fins de economia tributária, não vejo como não admitir, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o uso de empresas veículos em estruturas de aquisições de investimentos com ágio seguidas de incorporações reversas.

Ademais, cabe pontuar que é plenamente lícito o *financiamento* estrangeiro no Brasil por controladoras sediadas no exterior, o que se faz justamente com empresas *holdings*, espécie de sociedade que é usualmente utilizada como instrumento legítimo de grupos internacionais investirem e se estabelecerem no país.

Na linha do que constatou Guilherme Neves[15]:

> A doutrina especializada em fusões e aquisições, a partir do pressuposto de que a legislação oferece esta possibilidade, constatou que a utilização de *holdings* para implementar a alienação indireta de controle é modelo amplamente utilizado no país.
>
> Há diversas razões gerenciais e negociais para que sociedades *holdings* sejam utilizadas como meios de viabilizar a materialização de combinações de negócios complexas, as quais variarão em função das peculiaridades de cada caso concreto.

Nesse ponto, digno de nota é o Acórdão **nº 1402-002.373**, cuja ementa ora transcrevo:

> ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA. INOCORRÊNCIA. OPERAÇÃO COMPLEXA E DE LONGA DURAÇÃO. INVESTIMENTO ESTRANGEIRO. CONTEÚDO ECONÔMICO E OBJETIVOS EMPRESARIAIS CLAROS. AUSÊNCIA DE ILÍCITOS OU ABUSOS.
>
> O simples emprego de companhias holdings em estrutura de aquisição de investimento, ainda que com a finalidade de viabilizar e promover a compra de participações societárias, denominadas empresas veículo, não basta para justificar a glosa do ágio verificado em tais operações.
>
> A alocação de recursos e investimentos em empresa controlada não operacional, principalmente quando procedida por grupos estrangeiros que almejam participar

[15] O ágio e a não discriminação do capital estrangeiro. São Paulo: Dialética. 2021. P. 45.

DOCUMENTO VALIDADO

> do mercado brasileiro, é manobra não só lícita, como também justificável e costumeira, dentro da dinâmica de um mercado globalizado.
>
> Deve ser verificada, de forma concreta e objetiva, a presença dos requisitos econômicos, financeiros e contábeis da formação do ágio, à luz das previsões dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para o seu devido aproveitamento como despesa dedutível, independentemente das formas e modelos negociais adotados, desde que lícitos.
>
> A reorganização empresarial, procedida nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mesmo envolvendo incorporação de empresas veículo e a chamada incorporação reversa, desde que não tenha como resultado o aparecimento de novo ágio, não constitui economia de tributos por meio ilícito ou abuso.
>
> A desconsideração de atos e negócios jurídicos do contribuinte é medida extrema e excepcional. Cabe ao Fisco a demonstração específica, devidamente comprovada, de que determinada vantagem fiscal foi obtida através da prática de atos ilícitos ou simulados, dentro dos moldes dos institutos de Direito Civil e de Direito Comercial brasileiros.
>
> Acusações de simulação e fraude não podem se valer apenas da rotulação das formas jurídicas adotadas pelo contribuinte como manifestamente defeituosas ou viciadas, independentemente de seu efetivo conteúdo e dos efeitos realmente verificados.

Caminhando nesse mesmo sentido, entendo que não há nenhum vício ou aparência sobre a existência, causa e finalidade da *empresa veículo IBERDROLA*. E qual foi a sua finalidade? Ora, foi a de instrumentalizar a aquisição do investimento com ágio de interesse do seu grupo estrangeiro, pago a parte não relacionada, de forma também a reunir as condições necessárias para o seu aproveitamento fiscal pós incorporações reversas.

Foi, aliás, a própria IBERDROLA que figurou como parte compradora do Contrato; que pagou o preço com recursos recebidos em aumento de capital por meio de remessas à AEI Cooperatief na Holanda; passando a ser a titular (proprietária) das participações direta e indireta na Recorrente.

E conforme relatado na decisão recorrida (fl. 1.757):

> A autoridade autuante destaca que no voto que antecedeu a Resolução Autorizativa está ressaltada a informação de que "após sessenta (60) dias do fechamento da operação de aquisição das ações emitidas pela ELEKTRO, a controladora direta da Iberdrola Energia do Brasil Ltda., a Iberdrola Energia S.A.U (Espanha) assumiu o compromisso perante a ANEEL de promover o aumento do capital social da Iberdrola Energia do Brasil Ltda. e integralizar a totalidade do aumento de capital deliberado, de forma a fazer com que o Patrimônio Líquido da mesma seja equivalente a, no mínimo, 10% do Ativo Imobilizado da Elektro Eletricidade e Serviços S.A.".

DOCUMENTO VALIDADO

> Em abril de 2012, submeteu-se à apreciação da ANEEL o pedido de anuência prévia para realizar a reestruturação societária do Grupo Iberdrola, que implicaria a transferência do controle societário direto da Elektro, da EPC (65,23%) e Iberdrola Energia do Brasil Ltda. (34,45%), para a empresa Iberdrola Brasil S.A., mediante as seguintes operações em atos contínuos:
>
> 1. Incorporação reversa da EPC pela Elektro
>
> 2. Cisão parcial da IBERDROLA ENERGIA, com versão para a ELEKTRO do acervo liquido que detém e transferência das ações que possui no capital social da ELEKTRO para a IBERDROLA BRASIL.

Dito de outros modos: a própria ANEEL reconheceu a legitimidade das operações tais como foram praticadas.

Enfim, não há em que se falar em ocorrência de simulação ou qualquer outo vício que possa contaminar a eficácia dos atos que culminaram na dedução fiscal do ágio após a investida (ELEKTRO) ter incorporado a IBERDROLA ENERGIA (detentora do investimento adquirido com ágio por ela própria).

Da ausência de *confusão patrimonial* entre o *real adquirente* e a empresa investida

A fiscalização, considerando que os recursos utilizados para pagamento do preço do negócio foram recebidos de sua controladora domiciliada no exterior e, no mesmo dia, foram remetidos aos vendedores pela IBERDROLA ENERGIA, sustenta que o *real adquirente* seria a empresa estrangeira, e não a *empresa veículo*.

Ou seja, em razão do vínculo societário e do fluxo financeiro do capital empregado na aquisição, é que o Fisco afasta a IBERDROLA ENERGIA como adquirente ou detentora do investimento, não permitindo a amortização fiscal do ágio sob a alegação de inexistência de confusão patrimonial coma IBERDROLA ESPANHA.

Razão novamente não lhe assiste.

Não obstante a deficiência da própria terminologia *real adquirente*, tal *tese* definitivamente não se sustenta em face do princípio da legalidade. Isso porque o referido artigo 7º autorizou a dedução do ágio fundado na rentabilidade futura pela "*pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, **na qual detenha** participação societária adquirida com ágio ou deságio*" (cf. caput do artigo 7º da Lei 9.532/1997), o que significa dizer que o destinatário da norma de dedução do ágio é aquele que **detém** o investimento adquirido com ágio (ou a adquirida quando da incorporação reversa), linguagem esta (verbo *deter*) que revela justamente algo que pode ser passageiro, desvinculando-se cabalmente da *fonte dos recursos* empregados no negócio.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Caso a intenção do Legislador fosse realmente a de limitar a dedução ao *supridor* dos recursos utilizados na aquisição do investimento ou a de proibir a *nacionalização* do ágio, deveria a lei assim restringir, o que não foi feito, inclusive de forma intencional ante a previsão expressa da possibilidade de incorporação reversa (cf. artigo 8º).

Ora, a utilização da expressão "*na qual **detenha** participação societária adquirida*" pela lei, somada à autorização legal para que a investida incorpore a detentora da participação societária com ágio, conferem ao contribuinte o direito de aproveitamento fiscal do ágio na operação ora analisa.

Adotar a interpretação de que o adquirente, no caso, seria o controlador em razão da *origem da origem* dos recursos (e aqui a redundância é proposital), permitiria não só colocar o intérprete na indevida posição de Legislador, alterando por completo a literalidade e o conteúdo do texto legal, como também conduziria ao absurdo cenário de que tudo na economia seria sempre da controladora, que até mesmo deixaria de existir na figura de uma sociedade (que nada mais é do que uma *ficção jurídica*), afinal no topo de qualquer estrutura societária estão os sócios pessoas físicas, que passariam a ser taxados de adquirentes de tudo.

Nesse sentido, o voto vencido do acórdão recorrido foi direto ao ponto:

> Entendo que o fato de a Iberdrola Energia necessitar de capitalização por um terceiro, no caso a sua controladora direta, não retira a sua qualificação jurídica como adquirente do investimento.
>
> Ao partir dessa premissa, a autoridade fiscal ignorou o fato de que a Iberdrola Energia era a parte compradora do contrato, e que o preço foi efetivamente pago por esta por meio de remessas à AEI Cooperatief na Holanda. Ainda, a Iberdrola Energia passou a ser a titular das participações direta e indireta da Recorrente.
>
> A interpretação da expressão "aquisição de participação societária" para fins do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/1977 deve ser entendida como negócio jurídico que acarrete a transferência de propriedade das ações ou quotas de determinada sociedade, sendo o "adquirente", portanto, a pessoa que, por um título translativo se torna proprietário dessas ações ou quotas, como o caso da Iberdrola Energia.
>
> A "aquisição de participação societária" pode se dar por meio do negócio jurídico de compra e venda, contrato típico por meio do qual "uma das partes se obriga a transferir a propriedade de uma coisa à outra, recebendo, em contraprestação, determinada soma em dinheiro ou valor fiduciário equivalente".
>
> Considerando que as participações direta e indireta na Recorrente foram transferidas da AEI (antiga proprietária) para a Iberdrola Energia (que adquiriu a titularidade das participações societárias mediante pagamento do preço acordado entre as partes), tem-se que esta é a adquirente do investimento.
>
> Na linha de argumentação da autoridade fiscal, a parte adquirente em um contrato de compra e venda não seria mais aquele que figura no contrato como

DOCUMENTO VALIDADO

> adquirente e que paga o preço, como foi o caso da Iberdrola Energia, mas daquele que, em outra relação jurídica, precedente e completamente distinta, teria indiretamente disponibilizado recursos para transação.
>
> Tal argumento não merece guarida. Como se sabe, sempre haverá acima de uma sociedade outra sociedade como sua investidora, até que se tenha, ao final, um número definido ou indefinido e disperso de pessoas físicas.
>
> Ademais, é natural que uma pessoa jurídica diante da necessidade de caixa, seja financiada pela sócia ou por empresa do mesmo grupo econômico, por meio de aumento de capital ou de empréstimo.
>
> Uma vez realizado o aumento de capital da Iberdrola Energia, com subscrição e integralização de suas quotas pela controladora estrangeira Iberdrola S.A., os recursos aportados na referida sociedade brasileira passaram a ser de sua plena e legítima titularidade, isto é, integrando o seu patrimônio próprio, de modo que a Iberdrola Energia estava autorizada a aplicá los no contexto de suas atividades e realizar aquisições de investimento, exatamente como ocorreu no presente caso.

A propósito, no Acórdão nº **1302-002.011**, que afastou a procedência dessa *tese fazendária*, o ex. Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior expôs com propriedade o quanto segue:

> Pela narrativa do autuante, o que se depreende é que os investidores estrangeiros, ao invés de adquirirem diretamente as empresas brasileiras, resolveram aportar capital em subsidiárias brasileiras, para que estas adquirissem com ágio as empresas visadas e posteriormente, com as incorporações reversas, as adquiridas pudessem se valer da dedutibilidade da amortização do ágio. **Ora, qual o ilícito de tal conduta? Nenhum, pois são caminhos permitidos pela legislação tributária**.
>
> Todavia, o autuante entende que o verdadeiro adquirente (quem pagou pelo ágio) das empresas adquiridas foi o controlador estrangeiro, desconsiderando assim a personalidade jurídica da Technical e da Itajaí Investimento, para então, concluir que não se aplicaria a norma do art. 7° da Lei 9.532/97 (aqui ele se confunde, pois a norma aplicável na espécia é o art. 8° que trata de incorporações reversas), porque não teria havido a reunião do patrimônio de quem pagou pelo ágio e o patrimônio da sociedade que presumivelmente vai gerar os lucros justificadores desse pagamento.
>
> Com base em que norma legal, um Auditor-Fiscal desconsidera a personalidade jurídica de uma sociedade regularmente constituída? Certamente, não é com base no parágrafo único do art. 116 do CTN, pois esse além de inaplicável por falta de regulamentação, só admite a desconsideração de atos ou negócios jurídicos. Não me parece que se possa tomar personalidade jurídica como sinônimo de negócio jurídico, razão pela qual tal dispositivo não autoriza, por via oblíqua, a Autoridade Fiscal a desconsiderar contratos ou estatutos sociais de sociedades, ainda que

DOCUMENTO VALIDADO

> regulamentado estivesse. O mais grave, porém, é que, talvez por falta de qualquer suporte legal, o autuante passa ao largo dessa questão.
>
> Por essas razões, voto por dar provimento ao recurso voluntário também neste ponto.

Destaca-se, ainda, decisão da 1ª Turma do STJ, proferida por unanimidade de votos no **Resp 2.026.473/SC**, que validou o uso de empresa veículo como meio de operacionalizar a aquisição de investimentos por empresas estrangeiras, sem prejuízo da dedução do ágio, conforme atesta a seguinte passagem do voto condutor do Min. Gurgel de Faria:

> Sobre o emprego da "empresa-veículo", a sua rejeição apriorística contraria o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 (o qual faculta a criação de holding "como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais").
>
> Não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como "veículo" para facilitar a realização de um negócio jurídico; inclusive há razões reais ("propósito negocial") para tanto, pois é possível que as pessoas jurídicas originais queiram manter sua segregação por diversas razões (estratégicas, econômicas, operacionais...).
>
> A propósito, quando a investidora é empresa estrangeira, é ainda mais justificável a constituição de uma "empresa-veículo", por algumas razões práticas: confere mais segurança quanto à possibilidade de se valer da norma interna de dedução do ágio (o que não aconteceria se a incorporação fosse internacional); permite a negociação com base na moeda local; pode facilitar a realização de operações locais (por exemplo, dispensar garantias que seriam exigidas do investidor internacional) etc.
>
> Assim, filio-me à orientação de que: *A Lei n° 9.532/1997 e a Lei nº 12.973/2014 apenas exigem a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que detém participação societária e a sociedade adquirida, não fazendo qualquer alusão, ainda que implícita, ao suposto "real adquirente", que segundo a tese do Fisco, teria fornecido os recursos financeiros ou ofertado garantia para aquisição do investimento*. (SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022)".

Mas, não é só. Em se tratando de recursos provenientes do exterior, a *tese do real adquirente* também encontra-se óbice em face do princípio da isonomia e da regra legal de *não discriminação de capital estrangeiro*, prevista no artigo 2º da Lei nº 4.131/62[16], *in verbis*:

[16] Sobre o tema, vide a obra já referida de NEVES, Guilherme. "O ágio e a não discriminação do capital estrangeiro". São Paulo: Dialética. 2021.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> Art. 2º - Ao capital estrangeiro que se investir no País, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei.

Como diria Carlos Maximiliano[17]:

> ... a interpretação deve ser objetiva, desapaixonada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenta, respeitadora da lei.
>
> (...)
>
> Não pode o intérprete alimentar a pretensão de melhorar a lei com desobedecer às suas prescrições explícitas. Deve ter o intuito de cumprir a regra positiva (...)

Essas são as razões, contudo, para reformar a decisão recorrida, afastando a glosa das despesas com o ágio.

Matéria nº 5: *impossibilidade de cumulação da multa isolada com a multa de ofício*

A discussão sobre a legitimidade ou não da cobrança cumulativa de multa isolada e multa de ofício não é recente, mas é tema que ainda possui celeuma.

Com a aprovação da Súmula CARF nº 105, restou sedimentado que: "*a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício*."

Na prática, a Súmula aplica-se indubitavelmente para os fatos compreendidos até dezembro/2006.

Dizemos indubitavelmente porque há corrente doutrinária e jurisprudencial, na linha do que argumenta a Recorrente, que sustenta que, após a nova redação dada pela Lei nº 11.488/2007 (conversão da Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007) ao art. 44 da Lei nº 9.430/96, não haveria mais espaço para interpretação diversa daquela que conclui pela possibilidade jurídica da exigência de multa isolada sobre estimativas mensais não recolhidas, mesmo nos casos em que também houver sido formulada exigência de multa de ofício em razão da falta de pagamento do IRPJ e da CSLL apurados no final do mesmo ano de apuração.

Por essa linha de pensamento, o Legislador teria prescrito sanções autônomas e inconfundíveis, autorizando ao fisco, na hipótese do contribuinte deixar de recolher estimativas mensais de IRPJ e CSLL, inclusive aquelas apuradas de ofício e, paralelamente, não recolher

[17] Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense. 20ª edição. P. 103 e 226.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

integralmente estes mesmos tributos no final do período de apuração, aplicar as duas sanções concomitantemente (multa de ofício sobre o IRPJ/CSLL devidos e não recolhidos + multa isolada sobre as estimativas "em aberto").

Vejamos, então, o que dispõe o art. 44 da Lei nº 9.430/96, com a redadação dada pela MP nº 351/2007 (convertida na Lei nº 11.488/2007):

> Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:
>
> I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;
>
> II - de 50% (cinqüenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:
>
> a) na forma do art. 8º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;
>
> b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.
>
> § 1º - O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Da leitura desses dispositivos, verifica-se que a *multa de ofício de 75%* prevista no inciso I é aplicável nos casos de falta de pagamento de imposto ou contribuição, de falta de declaração e nos de declaração inexata.

Já a *multa isolada de 50%,* prevista no inciso II, deve incidir sobre o valor das estimativas mensais não recolhidas, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física e ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

Nesse contexto, não se pode perder de vista que as estimativas são meras antecipações do tributo devido, não figurando, portanto, como tributos autônomos. A propósito, dispõe a Súmula CARF 82 que "*após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas*".

Também não nega-se que o não recolhimento das estimativas e o não recolhimento do tributo efetivamente devido são infrações distintas, como foi reconhecido pela própria lei nos incisos I e II acima transcritos. Todavia, e este é o ponto central para a discussão, quando ambas as

DOCUMENTO VALIDADO

Original

obrigações não foram cumpridas pelo contribuinte, o princípio da absorção ou consunção impõe que a infração pelo inadimplemento do tributo devido prevaleça, afinal o dever de antecipar o pagamento por meio de estimativas configura etapa preparatória para o dever de recolher o tributo efetivamente devido, este sim o bem jurídico tutelado pela norma.

Adotando, então, uma interpretação histórica e sistemática dos referidos dispositivos legais e Súmulas, verifico que a alteração legislativa mencionada não possui qualquer efeito na aplicação da Súmula CARF nº 105 para fatos geradores posteriores a 2007.

Isso porque a cobrança de multa de ofício de 75% sobre o tributo não pago supre a exigência da multa isolada de 50% sobre eventual estimativa (antecipação do tributo devido) não recolhida. Admitir o contrário permitiria punir o contribuinte em duplicidade, em clara afronta aos princípios da consunção, estrita legalidade e proporcionalidade.

Nesse sentido já se manifestou o E. Superior Tribunal de Justiça, destacando-se, por exemplo, a seguinte passagem do voto condutor proferido pelo Ministro Humberto Martins[18], da 2ª Turma desse E. Tribunal:

> Sistematicamente, nota-se que a multa do inciso II do referido artigo somente poderá ser aplicada quando não possível a multa do inciso I.
>
> Destaca-se que o inadimplemento das antecipações mensais do imposto de renda não implicam, por si só, a ilação de que haverá tributo devido. Os recolhimentos mensais , ainda que configurem obrigações a pagar, não representam, no sentido técnico, o tributo em si. Este apenas será apurado ao final do ano calendário, quando ocorrer o fato gerador.
>
> As hipóteses do inciso II, "a" e "b", em regra, não trazem novas hipóteses de cabimento de multa. A melhor exegese revela que não são multas distintas, mas apenas formas distintas de aplicação da multa do art. 44, em consequência de, nos casos ali decritos, não haver nada a ser cobrado a título de obrigação tributária principal.
>
> As chamadas "multas isoladas", portanto, apenas servem aos casos em que não possam ser exigidas juntamente com o tributo devido (inciso I), na medida em que são elas apenas formas de exigência das multas descritas no caput.
>
> Esse entendimento é corolário da lógica do sistema normativo-tributário que pretende prevenir e sancionar o descumprimento de obrigações tributárias. De fato, a infração que se pretende repreender com a exigência isolada da multa (ausência de recolhimento mensal do IRPJ e CSLL por estimativa) é completamente abrangida por eventual infração que acarrete, ao final do ano calendário, o recolhimento a menor dos tributos, e que dê azo, assim, à cobrança da multa de forma conjunta.

[18] Resp 1.496.354-PR. Dje 24/03/2015.

DOCUMENTO VALIDADO

Esse posicionamento, diga-se, foi ratificado em outros julgados, conforme atesta, também de forma exemplificativa, a seguinte ementa:

> TRIBUTÁRIO. [...]. CUMULAÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO E ISOLADA. IMPOSSIBILIDADE.
>
> [...]
>
> 2. Nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos casos de declaração inexata, seria cabível a multa de ofício ou no percentual de 75% (inciso I), ou aumentada de metade (parágrafo 2º), não se cogitando da sua cumulação." (Resp 1.567.289-RS. Dje 27/05/2016).

Posteriormente, os Ministros da 2ª Turma do STJ, por unanimidade de votos, reiteraram esse posicionamento, conforme atesta a ementa do julgamento proferido no **Resp 1.708.819/RS**, de 16/11/2023. Confira-se:

> TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO.
>
> 1. A multa de ofício tem cabimento nas hipóteses de ausência de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos casos de declaração inexata, sendo exigida no patamar de 75% (art. 44, I, da Lei n. 9.430/96).
>
> 2. A multa isolada é exigida em decorrência de infração administrativa, no montante de 50% (art. 44, II, da Lei n. 9.430/96).
>
> 3. A multa isolada não pode ser exigida concomitantemente com a multa de ofício, sendo por esta absorvida, em atendimento ao princípio da consunção. Precedentes: AgInt no AREsp n. 1.603.525/RJ, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 25/11/2020; AgRg no REsp 1.576.289/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/5/2016; AgRg no REsp 1.499.389/PB, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/9/2015; REsp n. 1.496.354/PR, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 24/3/2015.
>
> 4. Recurso especial provido.

A propósito, em Sessão de 1º de setembro de 2020, esta C. Turma, por determinação do art. 19-E da Lei n º 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em julgamento do qual o presente Relator participou, afastou a concomitância das multas de ofício e isolada para fatos geradores posteriores a 2007.

Do voto vencedor do Acórdão nº 9101-005.080, do I. Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, e do qual acompanhei, extrai-se que:

> Porém, também há muito, este Conselheiro firmou seu entendimento no sentido de que a alteração procedida por meio da Lei nº 11.488/2007 não modificou o

DOCUMENTO VALIDADO

teor jurídico das prescrições punitivas do art. 44 da Lei nº 9.430/96, apenas vindo para cambiar a *geografia* das previsões incutidas em tal dispositivo e alterar algumas de suas características, como, por exemplo a percentagem da multa isolada e afastar a sua possibilidade de agravamento ou qualificação.

Assim, independentemente da evolução legislativa que revogou os incisos do § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96 e *deslocou* o item que carrega a previsão da aplicação multa isolada, o apenamento cumulado do contribuinte, por meio de duas sanções diversas, pelo simples inadimplemento do IRPJ e da CSLL (que somadas, montam em 125% sobre o mesmo tributo devido), não foi afastado pelo Legislador de 2007, subsistindo incólume no sistema jurídico tributário federal.

E foi precisamente essa dinâmica de saturação punitiva, resultante da *coexistência* de ambas penalidades sobre a mesma exação tributária – uma supostamente justificada pela inocorrência de sua própria antecipação e a outra imposta após a verificação do efetivo inadimplemento, desse mesmo tributo devido –, que restou sistematicamente rechaçada e afastada nos julgamentos registrados nos v. Acórdãos que erigiram a Súmula CARF nº 105.

Comprovando tal afirmativa, confira-se a clara e didática redação da ementa do v. Acórdão nº 1803-01.263, proferido pela C. 3ª Turma Especial da 1ª Seção desse E. CARF, em sessão de julgamento de 10/04/2012, de relatoria da I. Conselheira Selene Ferreira de Moraes (o qual faz parte do rol dos precedentes que sustentam a Súmula CARF nº 105):

(...)

> ***APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA***.
>
> ***Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço***.
>
> ***A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação***. (destacamos)

Como se observa, o *efetivo* cerne decisório foi a dupla penalização do contribuinte pelo mesmo ilícito tributário.

Ao passo que as estimativas representam um simples *adiantamento* de tributo que tem seu *fato gerador* ocorrido apenas uma vez, posteriormente, no término do período de apuração anual, a falta dessa *antecipação* mensal é elemento apenas concorrente para a efetiva infração de não recolhê-lo, ou recolhê-lo a menor, após o vencimento da obrigação tributária, quando devidamente aperfeiçoada - conduta que já é objeto penalização com a multa de ofício de 75%.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> E tratando-se aqui de ferramentas punitivas do Estado, compondo o *ius puniendi* (ainda que formalmente contidas no sistema jurídico tributário), estão sujeitas aos mecanismos, princípios e institutos próprios que regulam essa prerrogativa do Poder Público.
>
> Assim, um único ilícito tributário e seu correspondente singular *dano* ao Erário (do ponto de vista *material*), não pode ensejar duas punições distintas, devendo ser aplicado o *princípio da absorção* ou da *consunção*, visando repelir esse *bis in idem*, instituto explicado por Fabio Brun Goldschmitd em sua obra[19].
>
> Frise-se que, *per si*, a coexistência jurídica das multas isoladas e de ofício não implica em qualquer ilegalidade, abuso ou violação de garantia. A patologia surge na sua efetiva *cumulação*, em Autuações que sancionam tanto a falta de pagamento dos tributos apurados no ano-calendário como também, por suposta e equivocada *consequência*, a situação de pagamento a menor (ou não recolhimento) de estimativas, antes devidas dentro daquele mesmo período de apuração, já encerrado.
>
> Registre-se que reconhecimento de situação *antijurídica* não se dá pela mera invocação e observância da Súmula CARF nº 105, mas também adoção do corolário da *consunção*, para fazer cessar o *bis in idem,* caracterizado pelo duplo sancionamento administrativo do contribuinte – que não pode ser tolerado.
>
> Posto isso, verificada tal circunstância, devem ser canceladas todas as multas isoladas referentes às antecipações, lançadas sobre os valores das exigências de IRPJ e CSLL, independentemente do ano-calendário dos *fatos geradores* colhidos no lançamento de ofício.

Digna de nota, também, é a declaração de voto constante desse mesmo Acórdão, da I. Conselheira Livia De Carli Germano, da qual transcrevo o seguinte trecho:

> Isso porque, de novo, é essencial destacar que, nos presentes autos, não estamos tratando do principal de tributo, mas da **pena** prevista para a conduta consistente em agir em desconformidade com o que prevê a legislação fiscal (dever de adiantar estimativas mensais).
>
> Neste sentido, a análise dos acórdãos precedentes que orientaram a edição de tal enunciado sumular esclarece que o que não pode ser exigido é apenas o principal da estimativa, visto que este está contido no ajuste apurado ao final do ano-calendário. Não obstante, a pena prevista para o descumprimento do dever de recolher a estimativa permanece - e, até por isso, é denominada "multa isolada": porque cobrada independentemente da exigibilidade da sua base de cálculo (a própria estimativa devida).

[19] Teoria da Proibição de Bis in Idem no Direito Tributário e Sancionador Tributário. São Paulo: Noeses, 2014, p. 462.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

DOCUMENTO VALIDADO

De fato, parece que só faz sentido se falar em exigência *isolada* de multa quando a infração é constatada após o encerramento do ano de apuração do tributo. Isso porque, se fosse constatada a falta no curso do ano-calendário, caberia à fiscalização exigir a própria estimativa devida, acrescida de multa e dos respectivos juros moratórios. Ao estabelecer a cobrança apenas da multa (ou seja, a cobrança "isolada") quando detectada a falta de recolhimento da estimativa mensal, a norma visa exatamente à adequação da exigência tributária à situação fática.

A título ilustrativo, destaco a argumentação constante de trecho do voto condutor do acórdão 101-96.353, de 17/10/2007, que é um dos que orientaram a edição do enunciado da Súmula CARF 82:

> *(...)*
>
> *A ação do Fisco, após o encerramento do ano-calendário, não pode exigir estimativas não recolhidas, uma vez que o valor não pago durante o período-base está contido no saldo apurado no ajuste efetuado por ocasião do balanço.*
>
> *Na prática, a aplicação da multa isolada desonera a empresa da obrigação de recolher as estimativas que serviram de base para o cálculo da multa. O imposto e a contribuição não recolhidos serão apurados na declaração de ajuste, se devidos.*
>
> *(...)*

Portanto, compreendo que os argumentos acima não são suficientes para levar ao cancelamento da exigência de multas isoladas.

Não obstante, -- **e aqui reside especificamente o ponto em que, com o devido respeito, discordo do voto da i. Relatora** -- compreendo que a cobrança de multa isolada não pode prevalecer se e quando tenha sido aplicada a multa de ofício pela ausência de recolhimento do valor tal como apurado no ajuste anual.

Não nego que a base de cálculo das multas seja diversa (valor da estimativa devida *versus* valor do ajuste anual devido), assim como não nego que se trata de punição pelo descumprimento de deveres diferentes (a multa isolada como pena por não antecipar parcelas do tributo calculadas sobre uma base provisória, e a multa de ofício por não recolher o tributo apurado como devido no ajuste anual).

Ocorre que, sempre que a falta de recolhimento da estimativa refletir no valor do ajuste anual devido e este não for recolhido, ensejando a aplicação da multa de ofício, teremos uma dupla repercussão da primeira infração, já que esta ensejará, ao mesmo tempo, a exigência da multa isolada e da multa de ofício.

Aqui, sim, é relevante o fato de a estimativa ser mera antecipação do tributo devido no ajuste anual, sendo de se ressaltar a impossibilidade de se punir, **ao mesmo tempo**, uma **conduta ilícita** e seu **meio de execução**.

Neste sentido, havendo aplicação de multa de ofício pela ausência de recolhimento do ajuste anual, há que se considerar a multa isolada inexigível, eis que absorvida por esta. E isso não porque se trate da mesma pena (porque não é),

mas simplesmente porque, quando uma conduta punível é etapa preparatória para outra, também punível, pune-se apenas o ilícito-fim, que absorve o outro.

Dito de outra forma, não se nega que, no caso, é impróprio falar em aplicação concomitante de penalidades em razão de uma mesma infração: a hipótese de incidência da multa isolada é o não cumprimento da obrigação correspondente ao recolhimento das estimativas mensais, e a hipótese de incidência da multa proporcional é o não cumprimento da obrigação referente ao recolhimento do tributo devido ao final do período. Não obstante, porque uma das condutas funciona como etapa preparatória para a outra, em matéria de penalidades deve-se aplicar o princípio da absorção ou consunção.

A matéria é pacífica na doutrina penal, sendo certo, por exemplo, que um indivíduo que falsifica identidade para praticar estelionato apenas responderá pelo crime de estelionato, e não pelo crime de falsificação de documento – tal entendimento está, inclusive, pacificado na Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça: "*Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido*". E isso é assim não porque as condutas se confundam (já que uma coisa é falsificar documento e outra é praticar estelionato), sendo certo também que as penas previstas são diversas e visam a proteger diferentes bens jurídicos, mas simplesmente porque, quando uma conduta for etapa preparatória para a outra, a sua punição é absorvida pela punição da conduta-fim.

Segundo Rogério Grecco, mostra-se cabível falar em princípio da consunção nas seguintes hipóteses: i) quando um crime é meio necessário, fase de preparação ou de execução de outro crime; ii) nos casos de antefato ou pós-fato impunível (Manual de Direito Penal. Parte 16ª ed. São Paulo: Atlas, p.121). Compreendo que o caso das estimativas que repercutem no valor devido no ajuste anual encaixa-se perfeitamente na primeira hipótese.

Neste tema, elucidativo o trecho do voto do então conselheiro Marcos Vinicius Neder de Lima no acórdão CSRF/0105.838, e 15 de abril de 2008 (o qual é citado nos votos condutores dos acórdãos 9101-001.307 e 9101-001.261, que, por sua vez, são precedentes que inspiraram a edição da Súmula CARF n. 105):

> *(...)*
>
> *Quando várias normas punitivas concorrem entre si na disciplina jurídica de determinada conduta, é importante identificar o bem jurídico tutelado pelo Direito. Nesse sentido, para a solução do conflito normativo, devese investigar se uma das sanções previstas para punir determinada conduta pode absorver a outra, desde que o fato tipificado constitui passagem obrigatória de lesão, menor, de um bem de mesma natureza para a prática da infração maior.*
>
> *No caso sob exame, o não recolhimento da estimativa mensal pode ser visto como etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. A primeira conduta é, portanto, meio de execução da segunda.*
>
> *Com efeito, o bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo*

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

> *de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. Assim, a interpretação do conflito de normas deve prestigiar a relevância do bem jurídico e não exclusivamente a grandeza da pena cominada, pois o ilícito de passagem não deve ser penalizado de forma mais gravosa que o ilícito principal. É o que os penalistas denominam "princípio da consunção".*
>
> *Segundo as lições de Miguel Reale Junior: "pelo critério da consunção, se ao desenrolar da ação se vem a violar uma pluralidade de normas passandose de uma violação menos grave para outra mais grave, que é o que sucede no crime progressivo, prevalece a norma relativa ao crime em estágio mais grave..." E prossegue "no crime progressivo, portanto, o crime mais grave engloba o menos grave, que não é senão um momento a ser ultrapassado, uma passagem obrigatória para se alcançar uma realização mais grave".*
>
> *Assim, não pode ser exigida concomitantemente a multa isolada e a multa de oficio na hipótese de falta de recolhimento de tributo apurado ao final do exercício e também pela falta de antecipação sob a forma estimada. Cobrase apenas a multa de oficio por falta de recolhimento de tributo.*
>
> *Essa mesma conduta ocorre, por exemplo, quando o contribuinte atrasa o pagamento do tributo não declarado e é posteriormente fiscalizado. Embora haja previsão de multa de mora pelo atraso de pagamento (20%), essa penalidade é absorvida pela aplicação da multa de oficio de 75%. É pacífico na própria Administração Tributária, que não é possível exigir concomitantemente as duas penalidades — de mora e de oficio — na mesma autuação por falta de recolhimento do tributo. Na dosimetria da pena mais gravosa, já está considerado o fato de o contribuinte estar em mora no pagamento.*
>
> *(...)*

É por isso que, mesmo após a alteração da Lei 9.430/1966, promovida pela Lei 11.488/2007, compreendo que prevalece, em caso de dupla penalização, as razões de decidir (*ratio decidendi*) que orientaram o enunciado da Súmula CARF n. 105, que diz:

> *Súmula CARF 105: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.*

Em síntese, portanto, compreendo que as multas isoladas aplicadas em razão da ausência de recolhimento de estimativas mensais não podem ser cobradas cumulativamente com a multa de ofício pela ausência de recolhimento do valor apurado no ajuste anual do mesmo ano calendário, eis que, embora se trate de penalidades por condutas distintas (e que visam a proteger bens jurídicos diversos, como acima abordado), estamos na esfera de aplicação de penalidades e, aqui, pelo princípio da consunção, quando uma infração (no caso, a ausência de recolhimento de estimativas) é meio de execução de outra conduta ilícita (no caso, a ausência de recolhimento do valor devido no ajuste anual do mesmo ano-calendário), a pena pela infração-meio é absorvida pela pena aplicável à infração-fim.

> Estas são as razões pelas quais, novamente pedindo vênia à i. Relatora, orientei meu voto para cancelar as multas isoladas também quanto ao ano calendário de 2007.

Nesse sentido, entendo que a multa isolada sobre as estimativas apuradas deve ser afastada.

Conclusão

Pelo exposto, conheço parcialmente do recurso especial para, no mérito, dar-lhe provimento.

É como voto.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli

VOTO VENCEDOR

Conselheiro **Efigênio de Freitas Júnior**, redator designado

Como bem pontuou o Relator, acusação fiscal sustenta a glosa das despesas de ágio em dois fundamentos centrais: i) a impossibilidade de utilização de empresa veículo, no caso a Iberdrola Energia; e ii) a ausência de confusão patrimonial entre a efetiva adquirente, Iberdrola S.A. (Espanha), e a sociedade investida, Elektro.

2. O ilustre Relator, com um voto substancioso, o que lhe é peculiar, restou vencido parcialmente, por maioria, por entender que não se verifica qualquer vício ou artificialidade na constituição e atuação da empresa veículo Iberdrola Energia, a qual cumpriu finalidade legítima de instrumentalizar a aquisição do investimento, com ágio pago a parte independente, além de viabilizar o aproveitamento fiscal após as reorganizações societárias. Ressaltou, ainda, que a própria Iberdrola Energia figurou como adquirente no contrato, efetuou o pagamento com recursos oriundos de aumento de capital e assumiu a titularidade das participações diretas e indiretas na investida.

3. A maioria do colegiado, todavia, entendeu de forma diversa, conforme exposto a seguir.

DOCUMENTO VALIDADO

4. Trato inicialmente do ágio no ordenamento jurídico vigente à época da ocorrência do fato gerador[20].

5. Nos termos do Decreto-lei nº 1.598/77, art. 20 e seguintes, matriz legal dos arts. 385, 391 e 426 do Decreto nº 3.000/99 (RIR/99), o investimento sujeito a avaliação pelo valor do patrimônio líquido deve desdobrar o custo de aquisição em: i) valor referente à participação no patrimônio líquido da sociedade adquirida à época da aquisição (valor patrimonial); e ii) **ágio** ou deságio, valor referente à diferença entre o custo de aquisição do investimento e valor patrimonial.

6. O lançamento contábil do ágio deverá indicar como fundamento econômico dentre as seguintes hipóteses: i) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ao custo registrado na sua contabilidade; ii) valor de rentabilidade futura da coligada ou controlada; ou iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. Note-se que o ágio decorrente dos fundamentos i e ii deverá basear-se em demonstração que funciona como comprovante da escrituração. Veja-se:

> **Decreto-Lei nº 1.598/77**
>
> Art. 20 - O contribuinte que **avaliar investimento** em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, **desdobrar o custo de aquisição** em:
>
> I - **valor de patrimônio líquido** na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e
>
> II - **ágio** ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.
>
> § 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.
>
> § 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:
>
> a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
>
> b) **valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;**
>
> c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.
>
> § 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras *a* e *b* do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

7. Regra geral, o ágio registrado pela sociedade adquirente de participação societária é dedutível na alienação ou liquidação do investimento. Assim, nos termos do art. 391 do RIR/99, até a realização do ágio, mediante alienação ou liquidação, eventual amortização na escrituração contábil deve ser adicionada ao lucro real e controlada na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur), para utilização posterior. Em razão da neutralidade fiscal, os investimentos avaliados por equivalência patrimonial não afetam a formação do resultado tributável na investidora (o ágio é indedutível e o deságio não é tributável).

> **Decreto nº 3.000, de 1.999 – RIR/99**

[20] Houve significativas alterações com o advento da Lei nº 12.973/2014 as quais não se aplicam ao caso em análise.

DOCUMENTO VALIDADO

> Art. 391. As contrapartidas da **amortização do ágio** ou deságio de que trata o art. 385 **não serão computadas na determinação do lucro real**, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).
>
> Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do **ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento** (art. 426).
>
> [...]
>
> Art. 426. O valor contábil para efeito de **determinar o ganho ou perda de capital** na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):
>
> I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;
>
> II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;
>
> III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior.

8. Como se vê, "*o ágio pago não pode reduzir o lucro tributável da empresa investidora, tendo em vista que a receita correspondente a esse ágio, qual seja, o resultado positivo da equivalência patrimonial, é receita operacional não tributável*[21]".

9. A Lei nº 9.532/97 (arts. 7º e 8º), matriz legal do art. 386 do RIR/99, todavia, permitiu a amortização do ágio à pessoa jurídica que adquirir, nos termos do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, participação societária com ágio decorrente de rentabilidade futura, e, posteriormente, absorver o patrimônio dessa sociedade, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, mesmo no caso de algum desses eventos ocorrer de forma reversa.

> **Lei 9.532/97**
>
> Art. 7º **A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra**, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, **na qual detenha participação societária adquirida com ágio** ou deságio, **apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598**, de 26 de dezembro de 1977:
>
> [...]
>
> III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;
>
> [...]
>
> Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:
>
> a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
>
> b) **a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.**

10. A dedutibilidade da amortização do ágio antes da alienação ou liquidação do investimento exige algumas condições matérias elencadas a seguir.

[21] SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo: Dialética, 2012, p. 63.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

11. A pessoa jurídica investidora deve adquirir participação societária com ágio decorrente de rentabilidade futura e suportar o ônus do pagamento do ágio. A lei exige que tal ágio seja apurado nos termos do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, o qual determina que o contribuinte que avaliar o investimento pelo MEP deve, "*por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição*" em valor do patrimônio e ágio.

12. Reunião de pessoas jurídicas (confusão patrimonial). A pessoa jurídica (investidora) deve absorver o patrimônio da outra pessoa jurídica (investida) - incorporação, fusão ou cisão - na qual detenha participação societária adquirida com ágio. Admite-se, inclusive, que a investida absorva o patrimônio da investidora, o que importa é a união das duas pessoas jurídicas.

13. De um lado tem-se a investidora que pagou ágio com base em expectativa de rentabilidade futura do negócio; do outro, a investida que explora o referido negócio. A lei exige a reunião dessas duas pessoas jurídicas para que a amortização do ágio (despesa) seja confrontada com os próprios lucros cuja expectativa tenha dado fundamento econômico ao ágio (rentabilidade futura). Assim, para fins de dedução fiscal, seja o evento societário tradicional ou reverso, é fundamental que ocorra de forma concreta e não apenas formal a reunião da atividade geradora do lucro da investida e o ágio da investidora; ou seja, união do lucro e do ágio em uma mesma pessoa jurídica. Nesse caso o investimento deixa de existir, pois há o encontro do patrimônio adquirido e do ágio pago por tal patrimônio em um mesmo patrimônio, em uma mesma pessoa jurídica.

14. Em resumo, para fins de dedução do ágio, nos termos dos art. 7º e 8º da Lei nº 9532/97 (art. 385 e 386 do RIR/99) a pessoa jurídica investidora deve adquirir o investimento e pagar pelo ágio decorrente de rentabilidade futura (suportar o ônus); em seguida deve ocorrer um evento societário - incorporação, fusão cisão - em que a investidora absorva a investida, ou operação reversa, ocasião em que ocorre a confusão patrimonial, ou seja, reunião da atividade geradora do lucro da investida e o ágio da investidora.

15. No caso dos autos, em síntese, **Iberdrola Energia do Brasil Ltda**. adquiriu, em 19 de janeiro de 2011, 99,68% do capital social da Elektro Redes S.A., oportunidade em que apurou e registrou ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da investida. Na sequência, promoveu-se a cisão parcial da Iberdrola Energia e, posteriormente, a Elektro incorporou o acervo cindido. Em decorrência dessas reorganizações societárias, o ágio decorrente da aquisição passou a ser amortizado para fins de apuração do IRPJ e da CSLL.

16. Para fins de contextualização das operações, destacam-se as empresas envolvidas na aquisição da Elektro pela Iberdrola Energia:

i) AEI Cooperatief (holding holandesa), na qualidade de alienante;

ii) EPC – Empresa Paranaense Comercializadora Ltda., na qualidade de alienada;

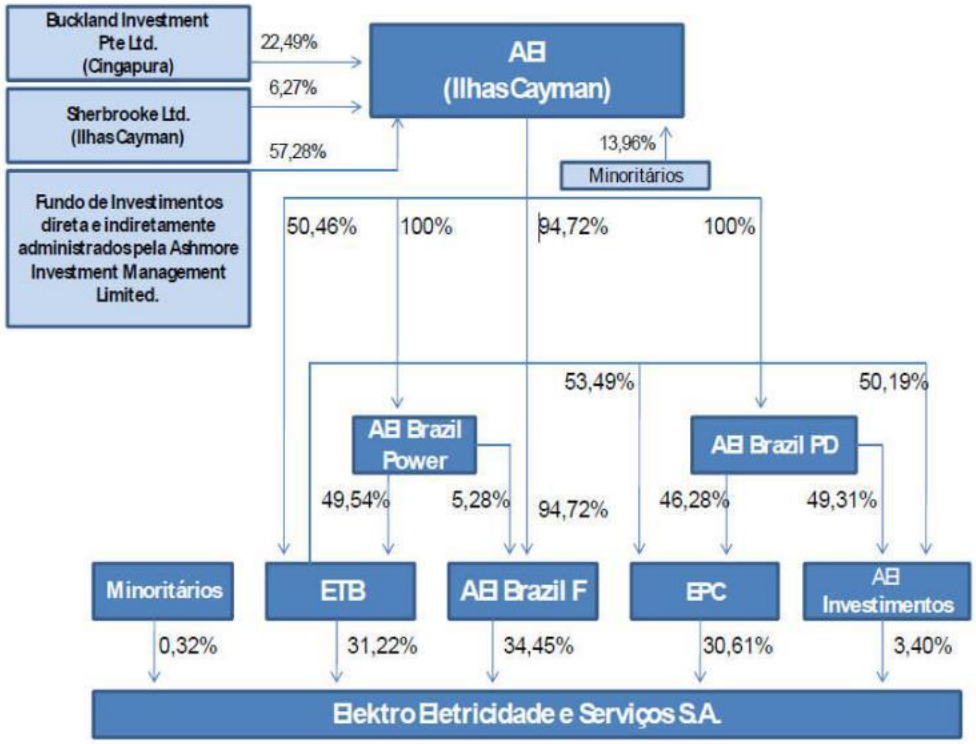
iii) Elektro Eletricidade e Serviços S.A., na qualidade de alienada; e

iv) Iberdrola Energia do Brasil Ltda., na qualidade de adquirente.

DOCUMENTO VALIDADO

17. A aquisição realizada pela Iberdrola Energia compreendeu (a) a aquisição direta de 34,45% do capital social da ELEKTRO e (b) a aquisição de 100% das quotas da EPC, a qual detinha participação correspondente a 65,23% do capital da Elektro, perfazendo, assim, 99,68% do capital total.

18. A seguir, a estrutura societária da Elektro em dezembro de 2010, período anterior à aquisição pela Iberdrola Energia.



19. A proprietária final, direta e indireta, das empresas ETB, EPC, AEI Brazil Finance, AEIIE, AEI Brazil PD, AEI Investments, AEI Brazil Power e de 99,68% das ações de emissão da Elektro era a **AEI**, holding estrangeira com sede em Clifton House, 75 Fort Street, PO Box 1350, Ilhas Cayman.

20. O contrato fixou o preço total da aquisição em US$ 2.400.000.000,00 e previu, como condição precedente ao fechamento, a reestruturação societária dos acionistas da Elektro, com a constituição de uma holding sujeita à legislação holandesa, a AEI Brazil Holdings Cooperatief U.A., destinada a concentrar as participações. Após a criação dessa sociedade e a transferência das participações da EPC e da Elektro, as partes concluíram a operação, formalizada entre a holding holandesa e a **Iberdrola Energia**.

21. Em **26 de abril de 2011**, a **Iberdrola Energia** efetuou o pagamento de US$ 2.283.823.668,31 à AEI Cooperatief, equivalentes a R$ 3.562.764.922,57, mediante os contratos de câmbio 11/076492, 11/076493, 11/076494 e 11/076495, **todos da mesma data**.

22. A Fiscalização constatou, contudo, que, até 2010, a **Iberdrola Energia** não dispunha de recursos suficientes para suportar o pagamento, pois seu capital social girava em torno de R$

DOCUMENTO VALIDADO

Original

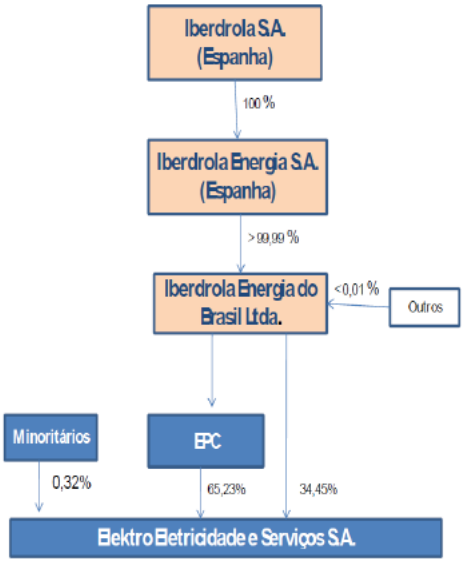
60 milhões. Verificou, ainda, que apenas em **outubro de 2011** ocorreu a integralização parcial de seu capital social, no montante de R$ 3.768.960.000,00, com recursos provenientes do exterior, vinculados ao contrato de câmbio nº 11/037708, também datado de **26 de abril de 2011**.

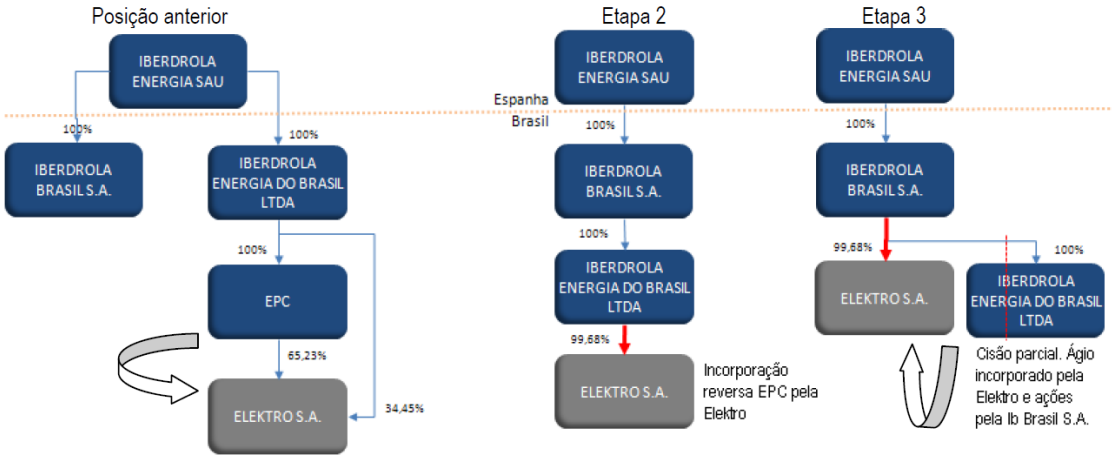
23. Assim, **na mesma data**, os recursos **ingressaram no País para a integralização de capital e foram utilizados para liquidar a aquisição da EPC e da Elektro**. Desse encadeamento, a Fiscalização concluiu que a Iberdrola Energia não realizou dispêndio próprio na operação, pois não detinha ativos suficientes para suportar o pagamento do ágio, o qual teria sido, em substância, suportado por sua controladora estrangeira. Veja-se:

> De acordo com a documentação apresentada pelo Contribuinte, **a Iberdrola Energia Brasil Ltda**., **enviou o pagamento** pela compra das participações na EPC e na "ELEKTRO" por intermédio dos contratos de câmbio de nºs. 11/076492; 11/076493; 11/076494 e 11/076495.
>
> Todos esses contratos de câmbio são datados de **26/04/2011**.
>
> Acontece que, de acordo com o item 1 da 29ª. **Alteração do Contrato Social** da própria **Iberdrola Energia Brasil Ltda**., datada de **31/10/2011**, apenas nessa data ocorre a **integralização parcial de seu capital social** no valor de R$ 3.768.960.000,00 mediante o aproveitamento dos recursos emitidos no exterior nos termos do Contrato de Câmbio nº 11/037708 de **26/04/2011**.
>
> Exatamente a **mesma data dos contratos de câmbio** utilizados para a **compra da EPC e "ELEKTRO"**.
>
> Ou seja, **os recursos enviados ao exterior pela Iberdrola Energia Brasil Ltda., para o pagamento da compra da "ELEKTRO" e da ECP "saíram" do País no mesmo dia em que os recursos utilizados pela Iberdrola S.A (Espanha) para integralização parcial do capital social da Iberdrola Energia Brasil Ltda. "adentraram" o Brasil**.
>
> Sequer a Iberdrola Energia do Brasil Ltda. fez qualquer dispêndio nesse sentido, pois não tinha em seus ativos o montante necessário para pagar o ágio em discussão.
>
> Conclui-se, por conseguinte, que quem efetivamente pagou o ágio na aquisição das empresas "ELEKTRO" e ECP foi a empresa espanhola e não a sua subsidiária brasileira.

24. A seguir a estrutura intermediária e final

DOCUMENTO VALIDADO





25. Na mesma esteira de raciocínio da autoridade fiscal, caminhou o acórdão recorrido:

> No caso, entendo que não foram respeitados tais requisitos, haja vista que o investidor de fato (IBERDROLA S/A), verdadeiro responsável pelo pagamento do ágio, não participou efetivamente da confusão patrimonial empreendida apenas formalmente entre IBERDROLA ENERGIA e ELEKTRO/EPC. E se tivesse assim feito, o ágio não poderia ser aproveitado, haja vista tratar-se de empresa estrangeira, a não ser que a própria empresa aqui adquirida viesse a incorporar a sua investidora no exterior, o que no caso concreto seria irrazoável do ponto de vista econômico. Reitero o entendimento da Fiscalização e da decisão recorrida de que a compra da empresa brasileira somente foi viabilizada a partir de diretrizes fixadas pelo Grupo IBERDROLA S/A, no exterior, sendo este o verdadeiro "investidor".
>
> O ágio aqui objeto de análise não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial" ocorrida apenas de forma aparente (IBERDROLA ENERGIA x ELEKTRO/EPC), não havendo sentido em se clamar pela dedutibilidade das

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> despesas decorrentes da amortização da despesa instituída e regulada pelo art. 386 do RIR/1999.

26. O que levou a maioria do colegiado a manter a glosa do ágio foi a constatação de que os pagamentos pela aquisição das participações na EPC e na Elektro, embora formalmente realizados pela Iberdrola Energia Brasil Ltda., por meio de contratos de câmbio datados de 26/04/2011, não corresponderam a dispêndio próprio da adquirente. Com efeito, a 29ª Alteração do Contrato Social da própria companhia evidencia que a integralização parcial de seu capital social, com recursos provenientes do exterior, somente ocorreu em 31/10/2011, com base em contrato de câmbio igualmente datado de 26/04/2011.

27. Verificou-se, assim, que os recursos destinados à aquisição das participações ingressaram e saíram do País na mesma data, sem que a subsidiária brasileira dispusesse de meios financeiros próprios para suportar a operação.

28. Diante desse contexto, conclui-se que o ônus econômico do ágio não foi suportado pela Iberdrola Energia Brasil Ltda., mas por sua controladora estrangeira, Iberdrola S.A., o que afasta a legitimidade de sua alocação na investidora brasileira e, por conseguinte, a pretensão de dedutibilidade das despesas decorrentes de sua amortização, à luz da Lei nº 9.532/1997 (arts. 7º e 8º), matriz legal do art. 386 do RIR/1999.

29. Ante o exposto nego provimento em relação à matéria: "ausência de previsão legal acerca da necessidade de confusão patrimonial entre 'real adquirente' e 'real investida'".

Assinado Digitalmente

Efigênio de Freitas Júnior

DOCUMENTO VALIDADO